



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Disociación entre un formante jurisprudencial y otro formante legal: el caso de la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Yuri Alekandrov TORNERO CRUZATT

ASESOR

Pedro Paulino GRÁNDEZ CASTRO

Lima, Perú

2016



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Tornero, Y. (2016). *Disociación entre un formante jurisprudencial y otro formante legal: el caso de la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

209.
Revisado por:

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

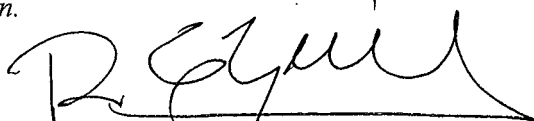
100.
En la ciudad de Lima, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, siendo las quince horas con treinta minutos, bajo la Presidencia del Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe y con la asistencia de los Profesores: Dr. José Félix Palomino Manchego, Mg. Pedro Paulino Grandez Castro, Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, Mg. Saulo Yenski Peralta Francis y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Bachiller **Yuri Alekandrov TORNERO CRUZATT**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de la tesis titulada: **"DISOCIACIÓN ENTRE UN FORMANTE JURISPRUDENCIAL Y OTRO FORMANTE LEGAL: EL CASO DE LA REGLA JURÍDICA QUE CONTIENE EL DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

APROBADO POR UNANIMIDAD CON 15 (QUINCE)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos al Bachiller en Derecho don **Yuri Alekandrov TORNERO CRUZATT**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación.



Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE

Presidente

Profesor Principal



Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Jurado Informante

Profesor Asociado



Mg. Pedro Paulino GRANDEZ CASTRO

Asesor


Profesor Auxiliar



Dr. Henry Oleff CARHUATOCTO SANDOVAL

Jurado Informante

Profesor Contratado



Mg. Saulo Yenski PERALTA FRANCIS

Miembro

Profesor Contratado

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo demostrar que tras la disociación del formante jurisprudencial y del formante legal existe una discrecionalidad política y prestigio racional que permite mayor legitimidad discursiva al primer formante respecto del segundo. Asimismo, que no se produce la introducción el trasplante de una regla operacional de la consulta previa, que proviene del derecho internacional hacia el derecho interno.

Debido al marco doctrinal que muestra el modelo de sentencia peruana, a diferencia de otros modelos, el formante jurisprudencial permite al juez explayarse en la suficiente argumentación jurídica. Asimismo, bajo el mecanismo de la ponderación actuar con una discrecionalidad no permitida al formante legal, esto debido a la legislación emitida por el Poder Ejecutivo.

Es en situaciones de expansión del mercado y asimismo, de la ampliación de mecanismos democráticos, es que surge la consulta previa como propuesta desde el derecho internacional para informar al derecho interno peruano. Un tentativo de trasplante en un contexto de circulación de modelos jurídicos. Para interpretar este tema nos valemos de la “disociación entre formantes” una tesis estructuralista de Rodolfo Sacco, la cual sirve como estrategia de trabajo para evitar la unidad del resultado pretendido por el finalismo jurídico. Eso esto evitar afirmar la existencia de una sola regla jurídica de la consulta previa. Y por el contrario, evidenciar que se está produciendo una disociación de dicha regla. Son instrumentos de la “comparación jurídica” puestos en el trasfondo del diseño de este documento. Se trata de evidenciar que existe más de un formante que da más de un significado al derecho de consulta previa, según el contexto, en sede jurisprudencial o sede legal. El formante es un término acogido por juristas que forman

parte la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC) y no sólo por ellos. Se trata de un lenguaje jurídico con distintas categorías respecto de las corrientes que defienden otras corrientes al interior del constitucionalismo.

En este sentido, revisamos las ideas matrices que orientan al formante jurisprudencial peruano, principalmente de la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de la doctrina contenida en sus sentencias, esto es: primero el diseño del ordoliberalismo, dividido a su vez, de un lado en la “constitución económica”, la “economía de mercado”, y de otro lado, “lo social” de ésta, recomprendidas ambas, en una interpretación particular de la “economía social de mercado”. En dichas matices, se podrá “re-comprender”, redimensionar el alcance del derecho a la consulta previa y cualquier otro derecho, por ejemplo el derecho ambiental.

El ordenamiento interno, a nivel del formante jurisprudencial está informado por la “economía social de mercado”, la cual opera como condicionante del Estado democrático de derecho, y se establece como orden constituido, debiendo defenderse. A la defensa de la Constitución, asiste la posibilidad legítima de reformar lo social y enrumbarse como “tercera vía”, respecto de ideologías o de extremos liberales y colectivistas, esto último en concordancia con el “humanismo económico”.

Esta idea central: el Tribunal, por su fundamento constitucionalista, incluirá en “lo social” los “derechos de los pueblos indígenas” y procurará, sobre la base de la doctrina de la “constitución económica”: “la defensa la Constitución” contenida en el texto de constitucional de 1993, está desarrollada precozmente en textos ya publicados por el autor que escribe. Para desarrollar este ítem retomo ideas contenidas en el Anuario de Bilbao del año 2014 el cual recoge por escrito una ponencia mía presentada en Madrid (2013), su similar desarrollada en Sevilla un año anterior (un seminario bajo la dirección de Bartolomé Clavero), y así como también ideas expuestas en el “Seminario di diritto latinoamericano e diritto dei popoli indigeni” realizado en Ferrara.

En el restringido marco de lo social de la economía de mercado, el formante jurisprudencial otorga un lugar al derecho de consulta previa. Interpretar “lo social” significa acudir a las Encíclicas cristianas Rerum Novarum y Mater et Magister y en especial el citado humanismo económico de Ropke, según las líneas orientadoras del ordoliberalismo. Conclusión que llegamos, porque la defensa de la constitución y el

respeto a la condicionante, no son elementos accesorios del orden establecido por la Constitución de 1993. Por consiguiente, la ponderación actuará como un arbitrio, según el caso, determinando cuál es el contenido esencialmente protegido del derecho a la consulta previa.

La pauta de derecho positivo autoaplicativo se perderá y dará paso a la argumentación jurídica prestigiosa con un grado discrecionalidad política. El juez del Tribunal será más político, pero no necesariamente más social. Sucede lo primero en el caso de la tesis de la autoaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT, tesis según la cual debe entrar en vigencia una vez que el Congreso de la República ratificó dicho Convenio. Pero no es así, el Tribunal toma distancia en jurisprudencia de dicha tesis. Sucede lo segundo cuando defiende la Constitución restringiendo o definiendo el “conteniendo constitucionalmente protegido de un derecho”. Por consiguiente, el prestigio se trata más de una operación de prestigio cultural de mentalidad del juez, respecto del juez de nuestro Poder Judicial: De un juez tercero respecto de las partes y defensor del derecho positivo a más bien, un juez político defensor de la Constitución y de la parte constituida que programa en sentido económico el resto de la sociedad.

En este camino de legitimación discursiva explicado por parte del formante legal; paralelamente, por el contrario, va quedando en evidencia la falta de dicha racionalidad, y por consiguiente la instrumentalidad arbitraria existente en el formante legal: El sentido de la soberanía, esto es quien decide la excepción, siguiendo la tradición europea de Carl Schmitt, había hecho que el poder constituido defiende la Constitución. Además, creado un “Estado fuerte”, teorizado por el ordoliberalismo en su propio sentido, estos dos influyen en un buen trayecto histórico para justificar decisiones soberanas en tiempos de crisis económicas. De estas teorías heredamos en tiempos de democracia, un presidencialismo fuerte, en el aspecto que busca expandir la economía de mercado en tiempos de “emergencia económica”. Alguno de los textos citados en este acápite fueron ubicados el año pasado en el Instituto Iberoamericano de Berlín y otros en el Max Planck Institut de Historia del Derecho de Frankfurt (Alemania), no registré publicación independiente respecto de estas fuentes.

El segundo capítulo de esta tesis desarrolla la idea expuesta en el párrafo supra. Concuierda con un breve artículo en una revista de la Universidad de Boloña denominado “Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidenzialismo forte ed espansione dell’ economia sociale di mercato”(2014), idea matriz sólo desarrollada en algo de diez páginas, y más bien aprovecho ahora el espacio para expandirme a detalle. Son ideas también desarrolladas en parte, por el autor que escribe la presente en el Encuentro de Jóvenes Comparatistas en Roma (2014), así como lecturas de Alessandro Somma sobre el Ordoliberalismo.

Como escribimos en la tesis, el mecanismo que permite llegar al presidencialismo fuerte hacia dichos fines es la normativa excepcional, esto es la: la normativa expedida por facultades delegadas desde Parlamento al Poder Ejecutivo. En el caso peruano, presentamos aquellos decretos emanados por el Presidente de la República en el contexto de delegación de facultades por parte Congreso de la República para la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, que abordó materias diversas y se cuestionó, por parte de las organizaciones indígenas que esta legislación vulneró, entre otros derechos, el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas.

Asimismo, explicamos la tentativa de trasplante del derecho de consulta previa del derecho internacional al derecho interno. Vemos que la regla jurídica contenido en el Convenio 169 de la OIT, presenta remodulaciones en la instancia política interna a pesar de que, desde una lectura de derecho positivo se produjo ya desde 1995 una inserción mecánica del contenido de dicho Convenio al derecho interno peruano. De tal observación llegamos a la conclusión, el formante legal interno es capaz de influenciar y determinar aquello que es una norma regla “general y declamatoria” y otra “específica” u “operacional” en el caso de la consulta previa.

A pesar de la circulación normativa ya se ha producido, sin embargo, es necesaria, en sede de derecho interno crear una ley de consulta previa y un reglamento respectivo; sin embargo, eso no implica, al momento que se escribe la tesis, que se haya producido un trasplante jurídico de la regla que contiene el derecho a la consulta previa. Es decir, no concurren en la regla de consulta previa tanto su capacidad declarativa como su capacidad operacional según los cánones pre establecidos en otra sede, por el derecho internacional. Sin embargo, queda en evidencia la superiodad del prestigio jurisprudencial: mediante una sentencia evidencia que al interior del formante legal existía una omisión de

adecuación al Convenio, y es ahí cuando el Tribunal constitucional peruano falla, ordena al Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el derecho a la consulta previa.

De lo explicado, queda en evidencia que mejor legitimado queda el formante jurisprudencial por su capacidad argumentativa, sin embargo, evidenciamos que existe un grado de discrecionalidad y que existirían experiencias previas que así nos harían pensar. Traemos a memoria las experiencias de pacificación y reconducción de los derechos colectivos mediante mecanismos que ya estaban delineados en las tesis de la socialdemocracia y su vínculo con el pensamiento ordoliberal. Y otras categorías jurídicas que acomunan sentencias del Tribunal y ordoliberalismo que invocan la “cooperación” y el “bien común” bajo las máximas del citado “humanismo económico”. Asimismo, el caso, por ejemplo que bajo la *esenzialtheory* que en base a la “función social” es orientada para restringir (o en términos actuales, determinar el contenido esencial constitucionalmente protegido) el derecho de propiedad. Y que, esa misma operación podría realizarse con el derecho a la consulta previa.

El enfoque doctrinario o de presumir que existen unos límites pre establecidos a partir de un debate conceptual no me permitirían llegar a la conclusión que hemos pretendido en la presente. Para este enfoque conceptual sí puede revisarse otra primera fuente: esto es la tesis del año 2009, en un contexto en la cual recién cobraba vigencia nacional la temática. Producto de la revisión de dicha tesis y cambios respectivos publicado en Madrid el 2013 el texto “derecho a la consulta previa un bosquejo para su estudio”. Para el momento que expongo dicha tesis de pregrado la información de derecho interno interna era aún escasa, se remontaba a la doctrina, entre ellas Raquel Yrigoyen quien exponía el “pluralismo jurídico” de los pueblos indígenas. Para dicho contexto, no existía ni la ley ni el reglamento ni menos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que hoy en día disponemos, y los textos de sus comentaristas respectivos. Para cuando se escribió el libro procuré reescribir dicha parte conceptual de derecho internacional debido a que se mantuvo vigente. En consecuencia el citado libro trata principalmente sobre derechos de los pueblos indígenas en sentido cómo había sido configurado por la Organización Internacional de Trabajo a partir del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es decir dentro del marco de los estándares internacionales. Este marco conceptual es concordante con aquel desarrollado en los debates de dos eventos desarrollados con posterioridad a la tesis: el

evento realizado Viena el “Congreso de Americanistas” (2012), así como de otro de distinta organización que se realiza en Perugia de igual denominación (2012).

Con este texto se pretende presentar una segunda síntesis, que reúne ideas de los artículos precedentes ya citados sería esta tesis, para la maestría de “Derecho Constitucional y Derechos Humanos” para la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Respecto de esta síntesis, queremos dar un estado de la cuestión, como lo hemos resumido anteriormente, a partir de los dos formantes tanto legal como jurisprudencial, y por consiguiente evidenciar con ello que no existe el principio de unicidad de la regla jurídica de la consulta previa, que no se produce el trasplante sino que más bien está sufriendo mutación jurídica en el derecho interno peruano.

Concluido el presente trabajo de investigación se tiene propia consciencia que, con el paso del tiempo va cambiando los formantes jurídicos, sin embargo el texto pretende estar dentro del interín de la discusión de la materia.

LA DISOCIACIÓN ENTRE UN FORMANTE JURISPRUDENCIAL Y OTRO LEGAL: EL CASO DE LA REGLA JURÍDICA QUE CONTIENE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

INDICE

CAPÍTULO I. METODOLOGÍA DE TRABAJO.

1. 1. TEMA E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:

1. 2. JUSTIFICACION

1. 3. MOTIVACIÓN

1. 4. PROBLEMA

1. 4.1 PROBLEMA PRINCIPAL

1. 4.2 PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO

1. 4.3 SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO

1. 5. NECESIDAD

1. 6. HIPÓTESIS

1. 6.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS

1. 7. OBJETIVOS

1. 7. 1. OBJETIVOS GENERALES.

1. 7. 2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. 8. METODOLOGÍA

1. 8.1. MARCO TEÓRICO

1. 8.2 METODOLOGÍA DE TRABAJO

Capítulo II: Componentes del formante jurisprudencial: disociación entre formantes, economía social de mercado, el derecho a la consulta previa

2.1. La teoría de disociación entre formantes.

2.1.1. Disociación entre formantes: crítica al principio de unicidad.

2.1.2. Regla “general y declamatoria” y otra “específica” u “operacional”

2.1.3. Principio de unicidad y Formantes en el derecho de los pueblos indígenas.

2.2. Economía social de mercado en la jurisprudencia del TC.

2.2.1. El “ordoliberalismo” como orden constitucional- social económico.

2.2.2. Las tesis del TC dentro de una visión estructuralista.

2.2.3. Tesis funcionalista de interpretación de la economía social de mercado.

2.2.4. La tesis TC de la “Economía social de mercado” como “tercera vía”.

2.3. Jurisprudencia del derecho a la consulta previa.

2.3.1. Precedente: Derecho a la identidad.

2.3.2. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

2.3.3. Adecuación por omisión normativa.

Capítulo III. Componentes del formante legal: defensa de la constitución, normativa excepcional y tentativa de transplante del derecho a la consulta previa.

3.1. Defensa de la constitución, normativa excepcional y Poder Ejecutivo. Estado fuerte, poder constituido y el premio del poder constituido.

3.1.1. Defensa de la constitución y Estado fuerte.

3.1.2. Normativa excepcional y Poder Ejecutivo en la experiencia latino-americana.

3.1.3. Orientaciones sobre la delegación de facultades por decretos en el Poder ejecutivo.

3.2. Decretos Legislativos que crearon conflictividad social en materia de derecho de los pueblos indígenas.

3.2.1. Decretos legislativos en el contexto de la implementación del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

3.2.2. Decretos de urgencia emanados a causa de la “crisis financiera internacional”.

3.2.3. Reflexiones sobre la normativa excepcional finales.

3.3. Formante legal peruano: Tentativas de transplante del derecho de consulta previa, comentarios a ley y reglamento de consulta previa.

3.3.1. Tentativas de transplante del derecho de consulta previa.

3.3.2. Comentario a La ley y reglamento de consulta previa. Autonomía e identidad indígena.

3.3.3. Reflexiones finales sobre el formante legal del derecho a la consulta previa.

Capítulo III: Disociación entre formante jurisprudencial y formante legal: Racionalidad y eficacia instrumental.

4.1. Racionalidad de “lo social” en el formante jurisprudencial: subsidiariedad, cooperación y contenido constitucional del derecho a la consulta previa.

4.1.1. El principio de subsidiariedad y “lo social” de la economía de mercado.

4.1.2. La “Cooperación” y “bien común”: El “humanismo económico”, la función social, *esenzialtheory*.

4.1.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa

4.2. Instrumentalidad en el formante legal: *ordoliberalismo* y Ropke y las tesis democristianas.

4.2.1. Instrumentalidad de los derechos en contexto del *ordoliberalismo*.

4.2.2. Instrumentalidad de los derechos colectivos en las ideas de Ropke.

4.2.3. Reflexión- Formante legal: Similitudes de las demandas comunitarias y las tesis democristianas.

4.3. Formante legal y formante jurisprudencial: Reflexiones finales

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La circulación de la norma internacional de la consulta previa, instituto central del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, propone un trasplante jurídico al derecho interno peruano.

Esta propuesta que tiene por finalidad la implementación de un estándar normativo internacional que es mediada por la resistencia de los actores internos; y por consiguiente, la circulación del convenio 169 de la OIT no produce una autoaplicación normativa sino solo una variación de sentido producto de la mediación de la instancia política interna. En otras palabras, los formantes jurídicos, tanto de una parte del formante jurisprudencial como del formante legal; ambos crean una variación de la regla de consulta previa.

La tesis identifica que existe una disociación entre el formante legal y el formante jurisprudencia porque cada uno construye un propio contenido del derecho de la consulta previa en base a sus propias fuentes del derecho. Así, de un lado, la ley de consulta previa varía el criterio de identidad de los pueblos indígenas y; de otro lado, la jurisprudencia es variable para definir el momento inicial de vigencia dicho derecho.

PALABRAS CLAVES: Derecho comparado, trasplante jurídico, pueblos indígenas, Convenio 169 de la OIT, economía social de Mercado. Jurisprudencia Tribunal Constitucional Peruano, Ley de Consulta previa.

ABSTRACT

The circulation of the international law stated by the previous consultation, cornerstone of the convention number 169 of the International Labor Organization, propose a legal transplant into Peruvian law.

This proposal aims to implement the international legal standard, but it is intercepted by a resistance of decision makers. As a consequence, the circulation of the OIL convention 169 does not produce normative self-application, only a change of sense by the Peruvian internal policy. In other words, the formants, both the jurisprudence formant and the legal formant create a variability into the rule of the previous consultation.

The thesis admits that a dissociation between legal formant and jurisprudential formant exists because each one builds its own policy of right of previous consultation basing on the sources of law. Thereby, on one hand, the Act of previous consultation changes the criteria of indigenous peoples identity and, on the other hand, jurisprudence is often undecided in determinating the initial moment from which applying this right.

ABSTRACT KEYWORDS: comparative law, legal transplant, indigenous peoples, ILO convention 169, social market economy, Jurisprudence of Peruvian Constitutional Court, Peruvian rule of previous consultation.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE TRABAJO

La metodología consignada en este capítulo ha sido aprobada previa a la presentación del cuerpo de la tesis, y luego, asimismo revisada luego de la sustentación correspondiente. Por consiguiente, esta cuenta con el control correspondiente.

1.1. TEMA E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:

DISOCIACIÓN ENTRE UN FORMANTE JURISPRUDENCIAL Y OTRO FORMANTE LEGAL: EL CASO DE LA REGLA JURÍDICA QUE CONTIENE EL DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El tema está delimitado por la teoría de los formantes, la disociación de las técnicas y los valores, la crítica a la unicidad de la regla jurídica, ítems teóricos desarrollados por la comparación jurídica. Se presenta la teoría de los formantes y luego, se aplica al caso peruano a través del análisis de la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. En esta aplicación se analiza el proceso de trasplante de una norma internacional, el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo, hacia un ordenamiento interno, formando así parte del denominado bloque de constitucionalidad. Y, luego, analizo cómo es que este derecho, a la consulta previa, a partir del denominado bloque de constitucionalidad, va operar por medio del formante jurisprudencial. Asimismo, para complementar, resaltaremos que, el desarrollo del formante legal en un principio va colisionar la jurisprudencia, luego, buscará identificar la valoración jurisprudencial de las sentencias que reconocen el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Como reflexión final, retomaremos la norma internacional y la revisaremos con respecto al ordenamiento legal vigente para demostrar la disociación entre técnicas y valores, incluso al interior del formante normativo. Buscaremos evidenciar la falta de unicidad de la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en sus diferentes formantes.

El problema está identificado, no existe una unicidad de la regla jurídica, existe una disociación entre los formantes jurisprudencial y legal, esto es una expresión de una lucha de legitimidad y racionalidad que todo discurso jurídico debe tener, por ende, de una parte, tanto desde el Tribunal Constitucional, como de otra parte, los poderes políticos representados por el legislativo y el ejecutivo, acuden a los formantes jurídicos para validar sus discursos y exponer sus posturas respecto del derecho de la consulta previa, pero finalmente cada uno reconoce de manera distinta el derecho a la consulta previa.

1.2. JUSTIFICACION

Los instrumentos de la comparación jurídica son válidos para analizar cualquier regla jurídica, y es necesario aplicar la comparación a casos de nuestra realidad peruana.

El derecho de la consulta previa como institución jurídica se presta para poder hacer este tipo de análisis que tiene la comparación jurídica.

1. 3. MOTIVACIÓN

La **motivación** que me lleva abordar el presente estudio es aclarar que, no siempre será el formante jurídico legal el principal promotor de valores de un determinado ordenamiento jurídico.

1.4. PROBLEMA

1.4.1 PROBLEMA PRINCIPAL

La disociación del formante jurisprudencial del formante normativo legal está demostrando la concurrencia a los formantes jurídicos para validar sus discursos y exponer sus posturas respecto del derecho de la consulta previa.

1.4.2 PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO

La falta de unicidad de la regla jurídica está generando una disociación particular de cómo se regula el derecho de la consulta en el Perú.

1.4.3 SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO

Con la introducción de la normativa legal se está evidenciando la disociación entre técnicas y valores entre ésta y la norma internacional.

1.5. NECESIDAD

Existe una **necesidad** de poner en discusión cómo y desde qué operan las normas trasplantadas a los ordenamientos jurídicos internos, y en especial, aquellas normas que tienen que formar parte del denominado bloque de constitucionalidad.

1.6. HIPÓTESIS

¿Está produciéndose la disociación entre el formante jurisprudencial y el formante legal, al presentarse valores jurídicos y técnicas disociadas al momento que regulan el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas?

Los poderes constituidos al seguir regulando cada cual según propios criterios **están disociándose** cada cual según propios criterios, de tal manera que la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa, y, está **produciéndose** fragmentariamente el desarrollo del derecho bajo dos formantes jurídicos, uno jurisprudencial y otro legal.

1.6.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS

La disociación entre técnicas y valores está produciendo valoraciones diferentes al interior del ordenamiento jurídico, haciendo imposible la unicidad del ordenamiento jurídico. Por el contrario, colisionan normas de diferente ámbito aplicándolas a una realidad distinta que no le corresponde.

El derecho a la consulta previa está siendo paulatinamente aceptado por las demás instituciones puesto que los formantes jurídicos aún no muestran con claridad un unívoco mensaje valorativo.

1.7. OBJETIVOS

1.7. 1. OBJETIVOS GENERALES.

1.7.1.1. Verificar el divergente curso de inserción de un tratado internacional que contiene el derecho de la consulta al interior del ordenamiento jurídico peruano.

1.7.1.2. Determinar si se produce o no el trasplante jurídico de la norma contenida en el texto internacional de manera idéntica o si más bien, existen variaciones producto de la mediación del derecho interno.

1.7.1.3. Evidenciar el diferente rumbo de inserción al derecho interno del derecho de la consulta previa, puesto que el formante legal no sigue el mismo rumbo que el formante jurisprudencial, y por consiguiente la regla que contiene el derecho de la consulta previa diverge en uno como en otro formante.

1.7. 2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1.7.2.1. Determinar en qué medida el formante legal reproduce la regla que contiene el derecho de la consulta previa a nivel internacional.

1.7.2.2. Determinar en qué medida el formante jurisprudencial reproduce la regla que contiene el derecho de la consulta previa a nivel internacional.

1.7.2.3. Verificar el alcance del derecho de la consulta previa tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

1.7.2.4. Identificar aspectos diferenciados entre el derecho de la identidad de los pueblos indígenas en la norma internacional y la normativa legal.

1.7.2.5. Evidenciar cuánto difiere el formante legal del formante jurisprudencial.

1. 8. METODOLOGÍA

1. 8.1. MARCO TEÓRICO

Nos acercaremos desde los instrumentos teóricos que nos da el derecho comparado para comprender el derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas, su proceso de inserción en el derecho interno.

El derecho comparado es un método que puede servir para diversas finalidades. Actualmente la corriente comparatista es muy crítica con el positivismo, y en especial con la ley, que lo representa por excelencia. Para el primer capítulo será importante abordar

estos ítems del derecho comparado pues son los instrumentos que nos servirán en todo nuestro trabajo de investigación.

La primera crítica que hace el derecho comparado es a la unicidad de la regla jurídica, luego aborda la disociación entre técnicas y valores, y propone la teoría de los trasplantes así como la teoría de los formantes, para con éstas explicar una determinada realidad jurídica. Abordamos de manera breve estos puntos detallados:

La crítica a la unicidad de la regla jurídica

El positivismo legal sostiene que la respuesta es una sola, la verdad jurídica es una sola, cuya fuente es la ley, y viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia. Y toda interpretación termina, nada menos que fortaleciendo esa unicidad. El fundamento está en los postulados de Comte, según la cual el conocimiento es una suma de postulados, y no es así, no se trata de una progresión de elementos, de matriz evolucionista, a partir de su paulatino incremento; sino, más bien es una construcción de deductiva, como más se aproximaba Weber, según la cual los condicionamientos del ambiente determinaba ciertas limitaciones y los elementos simbólicos, para las ciencias sociales permitían nada menos que ciertas “hipótesis”¹.

La crítica a la disociación entre técnicas y valores

El problema reside, en que aún el derecho nacional está afectado del “virus” del positivismo, los mitos de la coherencia, del completitud del ordenamiento y de la unicidad de la regla jurídica, además del enfoque cientificista, en cuanto considera el conocimiento como resultado de un procedimiento empírico e inductivo. Al contrario el postulado del derecho comparado es que el conocimiento parte de lo deductivo y que este no tiene sino un valor probabilístico *“un resultado nunca definitivo al cual lega un obseador jamás imparcial”*², donde el tecnicismo disociado de los valores no es posible, sino más bien la conexidad de los mismos como un compromiso del comparatista de alimentar el nexo entre valores y técnica.

René David al explicar la distinción entre “Derecho Comparado” y “método comparado”³ refiere que “Lo que existe es la posibilidad” de emplear o no el método comparado: *“Lo que existen son los juristas que, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear ese método con provecho, mientras que otros- que no son comparatistas-no pueden emplearlo y se ven en dificultades en sus investigaciones por esa razón, así limitados en sus posibilidades de estudio o en la eficacia de sus actividades.”*⁴. Esa posibilidad e imposibilidad de comparar, es una discusión que, posteriormente, se va

¹ *Ibid.*, p.105.

² *Ibidem.*

³ René David explica que se viene usando incorrectamente el término “Derecho Comparado”, debiendo decirse “método comparado”

⁴ DAVID, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado: Introducción al Estudio de Derechos extranjeros y al Método Comparado*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 196, p.8.

reflejar en la postura de Pierre Legrand, quien va hablar, en cierta medida, de la imposibilidad de la comparación⁵, entendiendo la comparación como un “acto de resistencia”⁶, y del “doble vínculo” de la misma que genera la posibilidad y la imposibilidad de la comparación⁷.

El derecho comparado va mucho más allá, por ejemplo Alan Watson teoriza sobre los “trasplantes jurídicos”⁸ (“legal transplants”), la teoría surge a raíz de la yuxtaposición de dos teorías contrapuestas: la teoría culturalista y la teoría transferentista⁹. Richard G. Small comenta que, Alan Watson sostiene que el primer reporte de trasplante legal fue en el Código de Hamurabi en el Décimo Séptimo Siglo A.C.¹⁰. Daphne Barak –Erez reflexionando sobre la importancia de los trasplantes jurídicos afirma que “aprender de los

⁵ G. SMALL, Richard. *Towards a Theory of Contextual Transplants* Emory International Law Review, p. 1435, disponible en <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/19/19.3/Small.pdf> “Pierre Legrand took up the position of the culturalists in the 1990s by arguing that law are inextricable linked....”

⁶ AJANI, Gianmaria *Sistemas Jurídicos Comparados*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010, [trad. Mirian Anderson y Esther Arroyo](título original: *Sistema Giuridici Comparati. Lezione e materiali*, Turín, Giappichelli, 2010), p.27 “su variante más radical (Legrand) llega a negar la posibilidad de comparar ordenamientos jurídicos distintos. Esta postura podría sintetizarse del siguiente modo: no se puede hablar de trasplante de una regla jurídica, si no hay trasplante de su significado; ahora bien, el sentido de una regla jurídica no sería transferible porque está culturalmente engarzado a una determinada sociedad. Una regla jurídica lo es “allí”. Esta última frase resume el punto de vista de quien sostiene que la función primaria de la comparación es desarrollar actos de resistencia contra los procesos de homologación”

⁷ Véase también al respecto LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*, Paris: Universitare de France, 1999, 3era ed., p.31-32 “Parce que l'autre droit et l'autre-en-droit sont, à la lettre, incognoscibles (le soi comparant n'est pas l'autre et doit admettre un espace d'insoumission au regard theorique, cer ineluctable "reste" se manifestant hors de toute appropriation envisageable), la comparaison est impossible (elle ne peut pas aboutir). Mais parce qu'il y a l'autre droit et l'autre -en-droit, la comparasion est possible (elle peit existier). Insoucieux de l'aporie, de la "pierre d'angle defectueuse" conscient de ce qye la comparaison ne permet au comparatiste de reinventer qu'en deca de certains limites, qu'elle n'autrosie un acces à l'au qu'en deca, u fait, donc, des "infirmités" de la comparaison, de ce “double bind”

⁸ La obra en la cual se da a conocer la idea es Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, II ed, 1993.

⁹ G. SMALL, Richard *Towards a Theory of Contextual Transplants* Emory International Law Review p. 1433; disponible en <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/19/19.3/Small.pdf> “One approach to the subject of legal transplants has been through the juxtaposition of two opposing theories: the culturalist theory and the transferist theory.⁸ Although arguably a “dialogue of the deaf,”⁹ the culturalist-transferist debate nonetheless provides a useful frame of reference for the study of legal transplants. Regardless of which theory of legal transplants one subscribes to, the focus has invariably been on law that is in some way transplanted from the original host culture and is either a failure or a success in the receiving culture.”

¹⁰ G. SMALL, Richard. *Towards a Theory of Contextual Transplants*. Ibit., p. 1433

otros sistemas jurídicos ha sido siempre una técnica fundamental para el desarrollo del derecho”¹¹.

Otro aporte del método comparado atribuido a Rodolfo Sacco¹² es la “teoría de los formantes”, comenta al respecto de ésta teoría Alessandro Somma, quien escribe lo siguiente: “la teoría de los formantes, utilizada para “descomponer los sistemas jurídicos”, mostrando la falacia del “principio de unicidad de la regla del derecho” y muestra las fracturas entre “regla legal, regla doctrinal y regla jurisprudencial”¹³. Ajani, afirma que “la disociación entre formantes representa una evolución respecto al sistema de Derecho comparado clásico: a partir de datos normativos que el discurso de los juristas considera relevantes, como la norma legal, la interpretación doctrinal o la aplicación judicial, se enriquece aquel discurso poniendo en relieve las incoherencias y las contraposiciones internas de cada formante, y después se extiende a otros factores que contribuyan a diseñar el perfil de un ordenamiento jurídico.”¹⁴.

Tanto la teoría de los trasplantes como la de los formantes son contribuciones importantes del derecho comparado. Éstas, aplicadas a nuestra realidad concreta hacen posible e imposible poder entender los derechos de los pueblos indígenas al aplicarse esta materia. Posible porque nos aproxima a la visión cultural del derecho, a oportunidades de comunicación postcoloniales donde el derecho, por medio de sus formantes, pueden fluir sin el criterio de dominio impositivo cultural. Imposible, porque la aproximación a la obra clásica, en alguna medida, aunque menor, en nos acerca a resultados de decisiones contextualizadas en sus propias necesidades donde es muy probable que sus propios autores han reservado los ulteriores significados a una señoría de la interpretación jurídica autónoma, que se rige por su propia dinámica interna territorial diferente a la nuestra. Pero aún así con esta imposibilidad, tal vez real ahora pero no suficiente para seguir siéndolo, en esta imposibilidad reside el reto de poder reinterpretar nuestra realidad concreta.: volver a la teoría y dar respuestas acertadas gracias a estos aportes.

En un segundo capítulo, se analizará sobre la relevancia del ingreso del derecho indígena desde el ámbito internacional hacia el derecho interno, es decir, abordar el proceso de inserción de una norma internacional. No es un caso de una norma operante entre Estados, sino, es una norma trasplantada para regular relaciones jurídicas entre un Estado y sus miembros componentes, en este caso el convenio identifica a los pueblos indígenas. Nos referimos principalmente al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

¹¹ BARAK-EREZ, Daphne *Una Comunità Internazionale di Legislatori?* Il Flangieri biblioteca economico-giuridica Felice Chirò, Sommario n. 1 / gennaio-marzo 2005 p.1.

¹² La obra en referencia es SACCO, Rodolfo *Introduzione al diritto Comparato* en Tratto di diritto comparato, 5. cd., dir. por Sacco, Turín, 1992.

¹³ SOMMA Alessandro. *Tanto Per Cambiare..Mutazione del Diritto e Mondializzazione nella riflessione comparatista*. Boletín México de Derecho Comparado, mayo-agosto, año I cvoi. XXXIX, nmero 116, U8NAM, Distrito Federal p.535-569.

¹⁴ AJANI, Gianmaria *Sistemas Jurídico comparados Lecciones y materiales*, Op. Cit., p.39.

Indígenas. Asimismo, la influencia del derecho internacional, interamericano, no es únicamente por la vía normativa, sino también jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La jurisprudencia fundamental para abordar la consulta previa, derecho que se analizará en la presente tesis, es aquella que la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene desarrollando, en especial los casos *Awatitigny vs. Nicaragua* y *Saramaka vs. Surinam*.

Las normas principales el convenio 169 y la declaración se les debe sumar la reciente ley de consulta previa y otras normas de orden interno que tratan el tema de la consulta previa, existe la Resolución Ministerial del Ministerio de la Mujer y el Desarrollo Humano Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, entre otras normas internas. La jurisprudencia interamericana referida, ya debe ser analizada con el complemento de aquella nacional peruana, se evidencia una serie de sentencias que contienen el derecho a la consulta previa. A continuación un cuadro que muestra algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano¹⁵:

Fecha	Sentencia	Demandante	Hecho lesivo	Fallo
11/11/2009	06316-2009-AA	AIDSEP	Contra concesión petrolera no consultada en territorio de pueblos indígenas	Improcedente porque no se probó la existencia de los PI
09/06/2010	00022-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales	Infundada porque reglamento excluyó aplicación a PI

¹⁵ Ruiz Molleda, Juan Carlos. Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? En: Centro de Antropología Jurídica Aplicada [http://www.caaap.org.pe/home/component/content/article/204-balance-de-las-sentencias-emitidas-por-el-tc-sobre-el-derecho-a-la-consulta-previa-inefectiva-proteccion-o-pronunciamientos-retoricos.html]Viernes, 02 de Septiembre de 2011 17:13

21/09/2010	00023-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas	Infundada porque se considera que no afecta directamente a los PI
26/07/2011	00024-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 994 que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.	Improcedent e porque se considera que no afecta directamente a los PI
17/03/2011	00025-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.	Infundada porque se considera que no afecta directamente a los PI
30/07/2009	00026-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1083 que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos	Improcedent e por sustracción de la materia pues la norma cuestionada fue derogada.
05/01/2010	00027-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1020 que promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural	Infundada porque se considera que no afecta directamente

			para el crédito agrario,	a los PI
30/07/2009	00028- 2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra el D.L. 1081 que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos	Infundada por sustracción de la materia pues la norma cuestionada fue derogada.
30/06/2010	05427- 2009-PC	AIDSEP	Contra omisión del Congreso y del MINEM de reglamentar	Fundada ordenando al MINEM reglamente la consulta y exhorta al Congreso a legislar.

Complementariamente presentaremos los principios del derecho internacional, la costumbre jurídica, así como el uso de documentos que desarrollan la orientación de las normas como son los informes del Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo(OIT), los Informes Alternativos de las organizaciones indígenas presentados ante la OIT, entre otros. Finalmente, las conclusiones buscarán sintetizar nuestros aportes respecto del objeto del tema de estudio. Con ellas busco responder a las principales preguntas que he realizado al principio del presente trabajo.

Finalmente, Se analizará cómo se produce la disociación entre los formantes, el uno jurisprudencial y el otro normativo legal. Se pone en evidencia que, respecto del respecto de la regla jurídica que contiene el derecho de consulta previa no existe unicidad; puesto que, finalmente sobre cada formante, por un lado sobre el jurisprudencial

el Tribunal Constitucional, y por otro lado, los poderes políticos representados por el legislativo y el ejecutivo, sobre el formante legal, ambos dan y agregan un propio sentido prescriptivo distinto de aquel consignado en la norma internacional, entendiéndose el Convenio 169 de la OIT. Por consiguiente, se muestra cómo se va en aumento la disociación entre técnicas y valores, donde la técnica es el estándar normativo contenido

en la norma internacional y los valores son aquellos que el derecho interno termina por definir.

7.2 METODOLOGÍA DE TRABAJO

Para la ejecución del presente trabajo se utilizaron diversas técnicas de investigación, tales como el análisis documental, el fichaje la recopilación documental, entre otros.

El tipo de investigación es de carácter teórico dogmatico. Asimismo, se han utilizado categorías provenientes del comparado y se procede a una actividad interpretativa de las normas en general, comprendiendo en especial el análisis de la jurisprudencia y el análisis de la legislación, siempre acompañadas por la doctrina.

Capítulo II: Componentes del formante jurisprudencial: formante jurisprudencial, economía social de mercado, el derecho a la consulta previa.

2.1. El formante jurisprudencial. La teoría de los formantes.

- 2.1.1. Disociación entre formantes: crítica al principio de unicidad.
- 2.1.2. Regla “general y declamatoria” y otra “específica” u “operacional”
- 2.1.3. Principio de unicidad y Formantes en el derecho de los pueblos indígenas.

2.2. Economía social de mercado en la jurisprudencia del TC.

- 2.1.4. El “ordoliberalismo” como orden constitucional- social económico.
- 2.1.5. Las tesis del TC dentro de una visión estructuralista.
- 2.1.6. Tesis funcionalista de interpretación de la economía social de mercado.
- 2.1.7. La tesis TC de la “Economía social de mercado” como “tercera vía”.

2.3. Jurisprudencia del derecho a la consulta previa.

- 2.1.8. Precedente: Derecho a la identidad.
- 2.1.9. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.
- 2.1.10. Adecuación por omisión normativa.

CAPÍTULO II

**COMPONENTES DEL FORMANTE
JURISPRUDENCIAL: LA “ECONOMIA SOCIAL
DE MERCADO”, JURISPRUDÊNCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Y DERECHO
A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS.**

2.1. El formante jurisprudencial. La teoría de los formantes.

Hemos optado por no tener un capítulo exclusivo de definición de términos, porque es más bien nuestra intención demostrar que, siguiendo a Rodolfo Sacco: no existe tal “unicidad de la regla jurídica”, en nuestro caso, no existe aquella unicidad en la regla jurídica del ordenamiento interno que contiene el derecho a la “consulta previa”. Lo que sí existe son dos formantes, el legal y el jurisprudencial, en el cual cada uno el término consulta previa va cobrando un sentido distinto. Y es, justamente, ésta a la conclusión que pretendemos llegar con la tesis. Explicaremos primero la teoría de los formantes de Rodolfo Sacco.

Se trata de una teoría tomada de la Comparación Jurídica, la cual se avoca a identificar características de los ordenamientos jurídicos particulares, la cual desde sus inicios ha sido crítica tanto con el conceptualismo como con el *legiscentrismo*¹⁶.

2.1.1. Disociación entre formantes: crítica al principio de unicidad. El principio de unicidad es una máxima del positivismo, según la cual se presume que al interior de la materia existe un concepto, y por ende, se hacen todos los esfuerzos para determinar los alcances del mismo. Bajo la teoría de los formantes operamos en sentido contrario: puede haber más de un formante, cada uno con sus propias características que determinan un sentido propio al concepto. Nos apoyamos sobre el método comparado para tratar una determinada materia de derecho interno. En este sentido la teoría podría ser interpretada como el “gobierno de las experiencias”¹⁷.

Sacco, desde una aproximación metódica en “Critique du principe d’unité”, título de un capítulo, afirma que “en efecto, conocer un sistema no significa encontrar la solución de los problemas que son presentados ahí; conocer un sistema significa encontrar las salidas que existen hoy en día y que son de tal naturaleza de condicionar la solución de problemas que están presentes que podrán condicionar en el presente o en el futuro inmediato.”¹⁸. El libro de Sacco que presenta esta teoría es *Introduzione al diritto comparato*¹⁹.

2.1.2. Regla “general y declamatoria” y otra “específica” u “operacional”.

¹⁶ SOMMA, Alessandro. *Introduzione al diritto comparato*. Laterza, Roma, 2013, p.3.

¹⁷ Clase de *Diritto privato comparato* de Cristina Costantini en la Università di Perugia, primer semestre, año 2015.

¹⁸ SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au service de la connaissance du droit*. París, Economica, 1991, p. 36. “En effet, connaître un système ne signifie pas maîtriser la solution des problèmes qui se sont présentés hier; connaître un système signifie maîtriser les données qui existent aujourd’hui et qui sont de nature à conditionner la solution des problèmes qui pourraient naître à présent ou dans un futur immédiat.”

¹⁹ SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. Turín, 5 ed., 1992. Asimismo SACCO, R. y MATTEI, U. *Postmodern-Structural Comparative Jurisprudence? The aggregate impact of R. B. Schlesinger and R. Sacco to the understanding of the legal order*. En *Rethinking the Masters of Comparative Law* a cura di Annelise Riles, 2001, p. 246.

Sacco afirma que los diversos formantes pueden ser divergentes entre ellos, por ejemplo un formante legal puede contener una regla distinta a la de un formante jurisprudencial²⁰. Define que existen dos proposiciones que desarrolla el legislador “una general y declamatoria” y otra “específica” u “operacional”²¹. Es decir entre elegir una “comparación jurídica que une” el objeto de estudio, y una “comparación jurídica que divide” dicho objeto tomamos esta última²².

Otra vertiente de la comparación jurídica, Gianmaría Ajani, desde su perspectiva, por ejemplo, “cumple la función de servir de base para la comparación dinámica, porque ayuda a comprender los mecanismos de circulación de los modelos de sistema, y también los mecanismos de competición entre los distintos formantes”²³.

La difusión de la cultura jurídica y las tentativas de “trasplantes jurídicos”²⁴ se orientan por la presencia de “flujos normativos globales”²⁵ que producen “mutación”²⁶ en los ordenamientos jurídicos internos. La experiencia germana al respecto es muy importante, porque ofrece teoría como el ordoliberalismo, la *essenzialtheory*, el humanismo económico y otras reglas jurídicas que van a operar sobre los formantes específicos.

Es en situaciones de expansión del mercado y de otro lado, de la ampliación de mecanismos democráticos, que surge la consulta previa como propuesta desde el derecho internacional y que finalmente informa al derecho interno peruano.

2.1.3. Principio de unicidad y Formantes en el derecho de los pueblos indígenas.

La unicidad de la regla que contiene el derecho de consulta previa une las experiencias tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, llegado al Perú se encuentra con la situación que, existen orientaciones divergentes a la linealidad histórica ancestral que sustenta el derecho a la consulta previa. Esta construcción tiene matriz positiva basada en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de

²⁰ SACCO, Rodolfo. *Op. Cit.*, p.63.

²¹ *Ibidem*. “el legislador adopta dos diferentes disposiciones, una general o declamatoria y otra específica u operacional”.

²² SOMMA, Alessandro. *Introduzione al diritto comparato*. Laterza, Roma, 2013, p.43.

²³ AJANI, Gianmaría. *Sistemas jurídicos comparados, Lecciones y materiales*. Ediciones Universidad de Barcelona, 2010, p. 39.

²⁴ WATSON, Alan. Legal transplants: an approach to comparative Law. (2nd ed. 1993, 1st ed. 1974). Asimismo P.G. Monateri *Black Gaius -A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”*, en 51 *Hastings Law Journals* 479 (1999).

²⁵ DUVE, Thomas. *European Legal History - Global Perspectives*. Working Paper para el *Colloquium ,European Normativity - Global Historical Perspectives’* (Max-Planck-Institute for European Legal History, Setiembre , 2nd-4th, 2013). Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2292666

²⁶ SOMMA, Alessandro. *Op. cit*, p.121.

los pueblos indígenas²⁷. Para Bartolomé Clavero explica, se trata de “estándares internacionales del derecho de consulta previa”²⁸.

El concepto consulta previa está limitada a la experiencia de narración histórica lineal y ancestral, principalmente al caso de etnias no colonizadas, y sobre dichas bases se reconstruye el principio democrático de participación del gobierno de las decisiones.

El convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas²⁹ sobre los derechos de los pueblos indígenas, en especial el primero operó como proposición “general y declamatoria”, a pesar de no haber superado los mecanismo de inserción al ordenamiento jurídico interno. Al llegar a la sede nacional viene desarrollada por una norma específica, la ley y el reglamento de consulta previa, u operacional, en términos de Sacco.

Desde la terminología del derecho comparado, nos preguntaríamos: ¿se produjo o no un “trasplante” de las normas internacionales de derecho de la consulta previa? No se puede llegar conclusiones definitivas aún, pero existe la tendencia, debido a la instancia política interna de toma de decisiones que no se produzca un trasplante del diseño de la consulta previa creada en sede internacional. Esta pregunta también se hace Bartolomé Clavero, dice:

“La cuestión inmediata entonces es la de si la República del Perú lo acepta o se resiste [a los estándares internacionales citados al transplante]. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es un importante signo de aceptación”³⁰.

Desde una lectura de derecho constitucional, se refiere a dicha adhesión al Convenio

“El Tribunal Constitucional [peruano] ha extraído las consecuencias: los “tratados (sobre derechos humanos) no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”; “estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional”; la función interpretativa del planteamiento constitucional, el de la Disposición Final 4, “contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos [de los tratados de derechos humanos] hayan

²⁷ TORNERO CRUZATT, Yuri. *Derecho a la consulta previa: un bosquejo para su estudio*. Madrid: Edit. Universitaria, 2013. Prólogo de Alessandro Somma.

²⁸ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena)*. Disponible en <https://sogip.files.wordpress.com/2012/01/informe-sobre-el-perc3ba-tras-la-ley-de-consulta.pdf>.

Informe inicialmente expuesto ante la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú a invitación de su presidente, Antonio Medina, mediante gestión de la congresista Verónica Mendoza en sesión ordinaria del día 16 de este mes de enero para que disertara y departiese sobre Los estándares internacionales en materia de derechos indígenas e industrias extractivas y reglamento de consulta previa

²⁹ TORNERO CRUZATT, Yuri. *Derecho a la consulta previa Op. Cit.*, p. 10.

³⁰ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, op. Cit.*, p.4.

realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos”, todas ellas y no sólo las que versen sobre caso peruano. Por esta vía se refuerza el valor normativo interno y directo no sólo del Convenio 169, sino también de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La jurisprudencia interamericana al respecto cobra valor constitucional”³¹.

La norma internacional, en especial el Convenio 169 de la OIT, tendencialmente, en dicha sede interna de decisión política del gobierno, a pesar de existir una cláusula constitucional de mecánica incorporación al ordenamiento, por el contrario, no se produjo así, sino más bien se creó una ley específica de consulta previa, por ende, la regla general o declamatoria no es la misma del formante legal de derecho internacional que incluso aquella de derecho interno.

Entonces asistimos a un fenómeno interno de “resistencia” al “trasplante jurídico”, en el formante legal de los “estándares internacionales”, muy por encima de la interpretación de la interpretación positiva o de que estos mismos hayan pasado a formar parte del “bloque de constitucionalidad” en el formante jurisprudencial.

Respecto de la regla operacional, tendríamos que evaluar si está determinada por el reglamento de consulta previa, el cual tiene ya especificaciones mayores para poner en operatividad o no el derecho a la consulta previa.

En el contexto de inserción de dicho concepto unívoco, al interior del Estado Moderno peruano, el concepto de “derecho de los pueblos indígenas”, incluso “derecho de la consulta previa” cobra un propio sentido, debido a factores diversos, entre ellos acontecimientos de ruptura: independencia republicana, modernidad, proyectos alternativos en comunicación entre ellos.

El proceso de modernidad es mucho más fuerte que procesos particulares de autonomía debido a que afecta a todos, tanto el proceso de expansión del mercado como así también del orden del capital, como la implementación de los mecanismos democráticos³². Si bien esta sede no lo desarrollamos, por ejemplo, las experiencias en otros países latinoamericanos de apertura a los mecanismos democráticos orientan a que dichas corrientes se clasifiquen, a partir de sus nuevos textos constitucionales en “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

El formante jurisprudencial del derecho a la consulta previa, va verse afectado por “la defensa de la constitución”³³, y en algún momento dichos derechos serán “ponderados” para luego ser reinterpretados al interior de “lo social” de “la economía de mercado”. Asimismo, al ser muy específico el tema, este también va ser englobado en demandas ambientales, donde no solamente el afectado ancestral va demandar su defensa frente a

³¹ CLAVERO, Bartolomé. *Informe... Op. Cit.*, p. 5.

³² SOMMA, Alessandro. *Introduzione al diritto comparato. Op. Cit.*, p.117.

³³ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la constitución*. Tecnos, Madrid, 1983.

la vulneración de su derecho en concreto, sino también los demás afectados en conjunto³⁴.

Es por dicha razón el formante jurisprudencial va precedido por el acápite dedicado al régimen económico del texto constitucional de 1993, que reconoce a la economía social de mercado. Se trata de la regla declamatoria que opera como máxima de interpretación. Luego van a seguir los métodos que a dicho servicio se prestan, y esto es, evidenciamos tanto el funcionalismo como el estructuralismo, para reconducir las conductas sociales. Asimismo, dicho formante, se sirve del prestigio de ser “la tercera vía” para la finalidad descrita.

En este primer formante goza de dos características que no tienen otras sentencias la expresa racionalidad argumentativa del juez constitucional, que no la tiene la sentencia francesa, y la cita de autores y doctrinas, que no la tiene la sentencia italiana; dos elementos que orientan el sentido de la doctrina que asume y que contribuye a su prestigio doctrinal. Al final, en el capítulo tercero, evidenciamos la vocación pacificadora orientada hacia la “cooperación” y el “bien común”, del Tribunal constitucional peruano la cual se sustenta asimismo en Encíclicas cristianas que está al interior de la teoría diseñada por el ordoliberalismo, la corriente que sustenta la economía social de mercado.

Continuando, el formante legal va ser caracterizado por ser un instrumento de modernizador que busca la expansión del mercado, sobre la base de un presidencialismo fuerte, sobre la base democracia igualitaria. Donde para alcanzar dicho fin las reglas operaciones son muy importantes y se resalta su eficacia. Por eso explicamos cómo en base a dicha eficacia de expandir el mercado la normativa excepcional de delegación de facultades del Parlamento al presidente sirvió para dicho objetivo. En dicho contexto, la regla operacional de la consulta previa viene pospuesta por una discusión respecto a las dudas originadas por la determinación desde cuándo debe entrar en vigencia el derecho a la consulta previa.

En común ambos formantes, a nivel interno se evidenciará que mientras que la sede internacional propiciaba el involucramiento (solamente), en especial, de los pueblos indígenas, en la sede interna se ve que las demandas no puede ser sólo por ello, sino que los afectados son diversos actores.

Sin embargo, cada formante diverge el uno y otro, así como difiere la sede internacional de la interna, y por ello, en el primer caso se da la disociación de formantes y en el segundo caso, no se produce el trasplante. Aunque esta última afirmación no se podría hacer sino esperando la madurez del tema abordado, sin embargo, vale acotar que sí se orientaría por dicho camino.

2.2. La “economía social de mercado” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

³⁴TORNERO CRUZATT, Yuri. *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*. En Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Bilbao, N° 12, 2014; disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/anuario/pdfs/anuario12.pdf>

La “economía social de mercado” va tratar de tener la fuerza teórica para reconducir las tesis comunitarias hacia la “cooperación” en pro del “bien común”. Primero, en esta sede explicaremos qué es la economía social de mercado. Asumiremos de manera sinónima para la presente “economía social de mercado” y “lo social de la economía de mercado”. Esto último porque la Constitución de 1993 está orientada a esta última postura como fórmula interpretativa. Un tema independiente que también podría ser abordado desde el cuestionamiento a la “unicidad de la regla jurídica”.

En este acápite nos preocupamos de identificar tesis funcionalistas y estructuralistas al interior del formante jurisprudencial. Se trata de textos de las sentencias en dicha orientación que conducen lo social, por medio de dichos métodos a reconducirlos hacia la “constitución económica”, y esto es hacia aquello que el texto Constitucional de 1993 denomina “economía social de mercado”. Explicaremos que el carácter limitativo que pone a las libertades individuales, resta sus potencialidades emancipatorias. Y que, su legitimidad se basa en ser, actualmente, “la tercera vía”.

2.2.1. El “ordoliberalismo” como orden constitucional- social económico.

Este tema está desarrollado de manera autónoma en dos artículos próximos a publicarse en el ámbito nacional. Esta sección es importante, porque tanto las materias ambiental y del derecho de los pueblos indígenas va ser reconducida, por medio de la interpretación jurídica, a las máximas del ordoliberalismo, como una reforma de la economía de mercado. En especial, va tratar que dichos derechos, en última instancia, por “la defensa de la constitución” estén en el marco de “lo social” de la “economía de mercado”. El caso más evidente es el denominado “caso Conga”. No siempre ha procedido a combinar de dicha manera, sin embargo, la tendencia es racionalizar derechos colectivos en el marco de la doctrina de la iglesia, en especial, en el marco de la “*Rerum Novae*” y “*Mater et magister*”. En dichos términos, la justicia constitucional referido a la consulta previa tendrá un rol pacificador y de armonización del “bien común”.

Para empezar, tratemos un poco en sí de la economía social de mercado. La principal tesis del “ordoliberalismo”³⁵, doctrina alemana que da las bases teórica inicialmente a la “economía social de mercado” (tesis que incluso se remontan a la Escuela de Friburgo) es que, el *Ordnung* (orden), y en especial el orden de mercado es un orden constitucional-social económico político” (*Ordnungstheorie y la Ordnungspolitik*)³⁶. Müller-Armack, uno de sus representantes incluso defendía del paso de un «Estado simple mediador de conflictos» a un «Estado económico nacional» (*nationaler Wirtschaftsstaat*)³⁷. Si bien las sentencias del TC peruano no llegan a usar este concepto último sí parecen estar orientadas hacia éste.

³⁵ VANGER, V. J. *La scuola di Friburgo: Walter Eucken e l'ordoliberalismo*. En *Storia del liberalismo in Europa* (a cargo de NEMO y PETITOT, Jean), Rubbettino, 2013, p. 810.

³⁶ VANGER, V. J. *La scuola di Friburgo: Walter Eucken e l'ordoliberalismo*. *Op. Cit.*, p. 803- 804.

³⁷ SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato* 3. En Biblioteca della Libertà, año XLVI, n. 200, Centro Einaudi, enero- abril, 2011. p. 5.

La jurisprudencia peruana reconoce tres características de la economía social de mercado la primera está relacionado con el *welfare*, “bienestar social”, la segunda con el libre mercado, “una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda”, y la tercera con su rol “subsidiario y solidario”³⁸. Es aquí donde los derechos de los pueblos indígenas y los demás derechos sociales van a reingresar, para ser ponderados con la “constitución económica”.

En este primer acápite nos ocuparemos de dicha constitución económica, identificada bajo el término “economía social de mercado”, al interior del régimen económico de la Constitución de 1993.

Ludwig Erhard, uno de los representantes del ordoliberalismo afirmó que la defensa de la economía, por medio de la competencia y consecuentemente, evitando los carteles y monopolios, tiene un carácter de “Ley económica fundamental”, dice: “No es, entonces una exageración si afirmo que la ley contra cárteles es indispensable como “ley económica fundamental”³⁹. El término como tal no ha sido usado por el TC pero sí este afirma, sobre la “competencia”, que: “El Estado no debe ser ni un gestor ni organismo planificador [...] donde la concurrencia es la disciplina correcta”⁴⁰. Esta idea también tiene cabida en la jurisprudencia peruana la cual dice que la economía social de mercado “propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que [...] promueve el despliegue de las iniciativas[...]incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas.”⁴¹. En síntesis, a nivel de justicia constitucional el término “competencia” es informador de cómo debe ser el mercado por influencia del régimen económico vigente.

³⁸ STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:
a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.”

³⁹ ERHARD, Ludwig. *Benessere per tutti*. Enaiude, Roma, 1957, p.3.

⁴⁰ JULG, Jean. y CHELINI, J. *La Démocratie chrétienne en République Fédérale Allemande*. Ed. Economica, Paris, 1985, p. 32.

⁴¹ STC Exp. N.º 0048-2004-PI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico”.

Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que se refieren a la “economía social de mercado” usan términos de orientación tanto funcionalista como estructuralista. Sólo respecto de este aspecto nos centramos en la presente. Se preocupan de un lado, a responder a la pregunta qué función cumple el Estado en la economía y de otro lado, a describir y prescribir sobre la condicionante económica que vendría a ser el modelo economía social de mercado, bajo la legitimidad proveniente del texto constitucional de 1993. Nosotros asociamos dicho término condicionante como propenso de ser fácilmente portador de una argumentación estructuralista.

Tanto el enfoque funcionalista como el estructuralista, pueden terminar convirtiendo al orden económico en un sistema autoreferencial, y por ende, construir instrumentos limitativos de derechos respecto del goce y del desarrollo de la individualidad. Es por entonces que nos interesa revisar las sentencias que se orientan bajo dicho sentido argumentativo, porque nuestra afirmación principal es que, justamente los derechos de los pueblos indígenas van a tener que seguir las máximas que la condicionante económica expresa para llegar a un estado de “ponderación” y de “bien común”.

De otro lado, el diseño de la actual economía social de mercado, que difiere de la Constitución de 1979 se orienta principalmente por ser de “libre mercado” y reconocer lo social al interior de ella. En situaciones de crisis, es bastante probable que el ciudadano reclame valores más allá de “lo social” de la “economía de mercado”, y por ende, acogido el juez dichos valores en su jurisprudencia, nos encontraremos con prontitud en un contexto normativo muy divergente de aquel que en un inicio pretendió programar.

Para superar el contexto mencionado, el juez constitucional se apoya sobre la tesis desarrollada por Häberle, la cual afirma que “la economía social de mercado” es la “tercera vía”⁴². Asimismo, el profesor Landa Arroyo afirma que “desde el Derecho Constitucional- no positiva, sino institucional¹- es posible que el rol de la Administración Pública en la economía social de mercado se encuentra definida por los principios rectores de la Constitución económica y por el respeto a los derechos fundamentales del administrado”⁴³. La existe una “constitución económica” idea retomada del área germana, especialmente de Carl Schmitt y se basa a su vez en un poder constituido fortalecido.

Como referente de una línea jurisprudencial, coherente y homogénea, puede ser difícil establecerse tal concepto para tal finalidad, a causa de la experiencia diversa de contenido de qué es “lo social”. Asimismo, que el juez constitucional adoptó la tesis de la adhesión a la “economía social de mercado”, aunque en sede teórica existen otras opciones.

El juez constitucional, al haber desarrollado jurisprudencia respecto a la economía social de mercado sobre bases argumentativas estructuralistas y funcionalistas, y combinadas a su vez con tesis del liberalismo económico se mueve en un terreno poco certero, con grandes variables que gestionar en su interpretación y por ende, es fácil de caer en argumentaciones indeterminadas.

⁴² HÄBERLE, Peter. Incursus. *Perspectiva de una doctrina constitucional de mercado: siete tesis de trabajo*. En *Justicia constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia- Pacífico APEC)*, a Cargo de César Landa, Año III, N°6, p.45.

⁴³ LANDA ARROYO, César. Incursus. *Principios rectores y derechos fundamentales del Administrado en el marco de la Constitución de 1993*. En *Justicia constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia- Pacífico APEC)*, a Cargo de César Landa, , Año III, N°6, p.51.

Valga la atingencia, las sentencias no se limitan a estos aspectos criticados exclusivamente, sino que van mucho más allá buscando el fortalecimiento institucional del Estado peruano; sin embargo, en este acápite nos centraremos sólo en estas cuantas ideas.

2.2.2. Las tesis del TC dentro de una visión estructuralista.

En general, las tesis estructuralistas que demarcan una sociedad en la cual operan condicionantes, siguiendo la terminología estructuralista, en este caso la sociedad peruana, están determinadas por tener una “condición económica necesaria” (término nuestro), sobre la cual se construye el “estado social y democrático de derecho”. Dicha condicionante es para el Tribunal: el régimen económico de la economía social de mercado. Dicha condicionante opera en beneficio de la construcción racional de un “Estado económico nacional”.

De consolidarse dicha tendencia estructuralista, reside la tesis de crear un ente superior influyente por sobre el resto de la sociedad y capaz, en consecuencia de condicionarla; entonces en ese momento, gracias al desarrollo de las citadas tesis estructuralistas el conjunto de libertades individuales se irán reduciendo cada vez más.

Las tesis condicionantes, que las consideramos dentro de una visión estructuralista, desarrolladas en las sentencias del TC son las siguientes:

La “condición económica” es la economía social de mercado.

“Al Estado en este esquema [de la economía social de mercado] le corresponde crear las **condiciones** mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios”⁴⁴.

Este párrafo referido supra tiene una orientación estructuralista, se le caracteriza por poner en una estructura, como condición mínima, a la economía social de mercado y por ende, ponerlo como régimen económico legítimo a través de su reinterpretación del texto constitucional de 1993. Otro texto párrafo más expresamente estructuralista que menciona el tribunal Constitucional es el siguiente:

“§4. Sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico

⁴⁴ STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

9. La interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional permitirá aprehender adecuadamente **el contenido y la finalidad del modelo económico** establecido en la Constitución. Para ello, es preciso determinar previamente los principios básicos de **la estructura del sistema constitucional económico.**” (negrita nuestra)⁴⁵.

Asimismo, en otra sentencia el tribunal se había preocupado de decir que “**La economía [Economía Social de Mercado] condiciona**”, “**establece límites**”⁴⁶.

“La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.”

Asimismo, dicha condicionante expuesta será considera como “el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos”⁴⁷. Es decir, que bajo una tesis estructuralista, quiera o no el juez constitucional, nos encaminamos a la gestión del conflicto en el contexto de superación de crisis por medio de reformas del mercado, que tratan de mantener la vigencia del poder legítimado condicionante, contenido en la “constitución económica”.

En consecuencia, es necesario alertar que nuestro juez constitucional que se adhiere al texto de constitucional de 1993 y empieza a desarrollar la “economía social de mercado” que va encontrar dificultad en hacer que éste no derive fuera del principio de subsidiariedad. Bajo la orientación estructuralista, en esta la línea jurisprudencial descrita supra, el juez constitucional estará siempre tentado tomar protagonismo en la “gran transformación”⁴⁸ estructuralista desde su sede jurisdiccional.

⁴⁵ STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

⁴⁶ STC Exp. N° STC 0048-2004-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

⁴⁷ STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

⁴⁸ POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2007, 400p.

2.2.3. Tesis funcionalista de interpretación de la economía social de mercado. El perfil de funcionalista y la construcción del “Estado económico”.

Mientras que en los tiempos de Bismark el Estado se encuentra confundido con la sociedad, defendido por un “Estado Fuerte”, en tiempos de Weimar el “Estado económico nacional” (*nationaler Wirtschaftsstaat*)⁴⁹, más bien los grupos particulares pugnan por sus correspondientes legitimaciones parciales. La “función social”, vendría vincular a esas parcialidades con los fines del orden social, por ende al funcionalizar las conductas subjetivas crear instrumentos limitativos y poner prioridades autoreferenciales del mismo Estado. Entonces, las conductas subjetivas son más entendidas como un deber, incluso más que libertades. Si bien el “Estado económico nacional” no ha sido mencionado en las sentencias del Tribunal Constitucional, es un término que está en el contexto de análisis.

Una sentencia próxima a dicha tendencia interpreta la actividad privada como un “deber” circunscrito en la “función social”. Se trata de la sentencia N.º 10087-2005-PA/TC en la cual el TC interpreta economía social de mercado y prestaciones de salud⁵⁰, en ella procura definir el rol “subsidiario” del Estado, y donde este debe mantener “su función garantizadora y heterocompositiva”. Porque, es aquí lo que nos interesa: en la economía social de mercado existen “deberes específicos”, por parte del privado (dice particulares) “el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social”, mientras que por parte del Estado tiene “el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.”⁵¹.

La lectura de este párrafo citado supra estaría circunscribiendo un tema de responsabilidad social, pero asimismo estaría activando al Estado como instrumento funcionalizado hacia los objetivos del “Estado económico nacional”, un concepto tácito al interior de esta construcción jurídica.

Asimismo, en la Sentencia N.º 10087-2005-PA/TC se perfila más sobre el sentido funcionalista de sus afirmaciones, donde al Estado como ente institucional da grandes márgenes para realizar correctivos sobre los particulares. Al respecto dice la sentencia dice: “El Estado para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada”⁵².

⁴⁹ SOMMA, Alessandro. *Economia sociale di mercato 2*. En *Biblioteca della Libertà*, año XLVI, n. 200, Centro Einaudi, gennaio-aprile, 2011, p.5.

⁵⁰ STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

⁵¹ STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “Aunque subsidiario en esencia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva, es decir, que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asuman deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.”.

⁵² STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

En otra sentencia ha desarrollado específicamente funciones del Estado. Dentro de dichas “funciones” del Estado, el TC ha referido que éste forma parte del “ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo”, en donde aparecen “de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios”. Y este marco, que se presupone de la lectura que lo orienta la economía social de mercado, según el tribunal Constitucional, el Estado cumple plurales funciones⁵³:

1. Garantizar “asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.”
2. Defender “el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras”
3. Intervenir “subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios”
4. [planificar? Un verbo que no quiso usar directamente] Formula planes y programas “en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos)”.
5. [Legislar] Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

La planificación. Cuando se trata de hacer referencia a la planificación se procura trabajar con mucha dificultad. Porque aún en primera acepción el término planificar está vinculado a dirigir. Por consiguiente planificar como dirigir la economía sería una interpretación que reclama a un estado al servicio del capital como el descrito por Weber, un Estado burocrático y de *welfare*, promovido como tal se daría en crecimiento y por ende se alejaría de las tesis del liberalismo económico.

⁵³ STC Exp. N° 00018-2003-AI publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “En ese ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones, a saber:

- a) Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.
- b) Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, como bien afirma Walter Gutiérrez Camacho [“Derecho del Consumo y Constitución: El contratante débil” - En Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, N.º 65, febrero 2004, pág. 108], tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.
- c) Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
- d) Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).
- e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.”

Dicha orientación de tomar el Estado moderno funcionalizado y eficaz, institucionalizado, enrumbaría al juez constitucional hacia el desarrollo de un Estado moderno, tesis desarrolladas por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) que caracterizaron el periodo previo, formativo de las doctrinas jurídicas, a la Constitución de 1979, que dio como resultado la adhesión a la “economía social de mercado”.

Para este acápite, el TC procura decir que la planificación se reserva al privado en los siguientes términos: **“el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado”** y “con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado”. Y más en específico, la planificación la estatal se daría en segundo orden respecto del “rol subsidiario” del Estado en la producción de riqueza económica⁵⁴. Asimismo afirma que “34. En suma, si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también **el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado**, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los “otros” y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado”⁵⁵.

Función orientadora del Estado. Otra de las funciones sería la de orientar, cuando el Estado se encarga de “formular indicaciones” para la “promoción del desarrollo del país”, donde, orientado por la visión funcionalista de reconducir las libertades individuales hacia los fines del Estado, dice el TC: “los agentes económicos” “tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios” “a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado”. En esta sección el texto de la jurisprudencia no es del todo funcionalista porque no afirma que “deben alcanzar”, pero sí llega a orientar un conjunto de iniciativas individuales hacia fines del Estado [económico]. Y sigue al respecto: “39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.”⁵⁶.

Las tesis funcionalistas de un lado, se orientan a que se dé la funcionalización de las libertades económicas para obtener resultados (resultados macroeconómicos) dentro del

⁵⁴ STC Exp. N° 0011-2013-PI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “22. La economía social de mercado se caracteriza por poner énfasis en las libertades económicas fundamentales y por asegurar que el Estado tenga un **rol subsidiario en la economía**, de manera que garantice el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; es decir, la responsabilidad de cada persona sobre **la planificación** y realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad.”

⁵⁵ STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

⁵⁶ *Ibidem*.

marco de un “programa económico”. En dicho enfoque el Estado tiene determinadas “funciones” y “fines”, se orienta a crear una burocracia eficiente, una expansión de la misma en sentido de “estado fuerte”. Este tipo de Estado sigue estando en “función” del “Estado económico”. A consecuencia de la orientación funcionalizada de las conductas se termina por enmarcar, o buscar enmarcar al individuo al interior de las necesidades ordenadoras del régimen económico, a ordenarlo según las prioridades del orden social, y por consiguiente también, por reducir las posibilidades de emancipación individual y potencialmente la vulneración sus derechos.

2.2.4. La tesis del Tribunal Constitucional de la “Economía social de mercado” como “tercera vía”:

Jean Julg explica cómo la puesta en práctica de las tesis ordoliberales durante los primeros años del Estado Federal Alemán fue sostenida por la Unión Cristiano Democrática⁵⁷, asimismo tiene su experiencia en la denominada “Era Adenauer”. En dicha orientación, y bajo dicho poder constituido representado, se une una política monetaria orientada por el modelo economía social de mercado con referencias, asimismo a la encíclica *Encíclica rerum novarum* y mediante ella, reclama el equilibrio entre el liberalismo económico y el “bien común”.

La experiencia va del poder ejecutivo y luego recién desde la justicia constitucional alemana. En nuestro caso peruano desde la sede jurisprudencial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se afirma seguir la “tercera vía”.

Si bien es cierto que hay un bagaje teórico principalmente de influencia germana para desarrollar la economía social de mercado, sigue siendo aún difícil sostenerse, siempre en el ámbito teórico, bajo los lineamientos de una “tercera vía”⁵⁸. La sostenibilidad de la tesis de la “tercera vía” se pone a prueba en situaciones de crisis económica. Podría ser mucho más pacífica en tiempos que indicadores externos a la jurisprudencia aceptan que el libre mercado haya traído los mejores indicadores macroeconómicos para el país.

⁵⁷ JULG, Jean. y CHELINI, J. *Op. Cit.*, p. 32.

⁵⁸ STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo □...□” (Peter Häberle. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter “social” del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”. Asimismo, STC Exp. N.º 0011-2013-PI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. “El modelo de economía social de mercado representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. AO La economía social de mercado es un tertium genus frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre ; desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza] y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualación material de las \ condiciones de vida [STC 0228-2009-AA, fundamento 28]”.

El término “tercera vía” permite desde el TC reconocer algunos derechos y sugerir algunas reformas institucionales. En la presente, a pesar de ser un tema sustancioso de hacer referencia, es omitido con el fin de dar un discurso coherente respecto de un aspecto particular. Nos ocupamos en la presente a dar por evidenciada la dificultad de desarrollar una jurisprudencia bajo una línea jurisprudencial coherente, y devenido de esto, las dificultades que puede tener el TC de haber adoptado la “tercera vía” como referencia teórica.

Sentencias del TC que hacen referencia a la “tercera vía”:

Presentamos los siguientes párrafos de las sentencias. Dice el TC:

“Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico”⁵⁹.

Esta misma argumentación va ser usada por el Tribunal, citando L. Herhård y Alfred Muller Armack para organi para desarrollar valores en la cual existe “igualdad material” y “economía social de mercado”; pero donde finalmente prima esta última. Y como habíamos manifestado copia la idea central según la cual se funcionaliza “la productividad individual en [nombre] progreso social” todo con el objetivo de [lograr] “la transformación”.

Otro texto en referencia es el siguiente: “La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles □...□” (El orden del futuro. La economía social de mercado. Universidad de Buenos Aires, 1981)”⁶⁰.

El problema de la “tercera vía” había partido en la Constitución de 1979, en el momento que teníamos una economía planificada y se salían de la experiencia estatal de producción de la riqueza, las empresas estatales. En dicha transición se pensó que era mejor tener una Constitución que contenga el régimen económico y los constituyentes de 1979, consideraron a la “economía social de mercado” un modelo económico distinto a la “economía de mercado”. La Constitución de 1993 conservó dicho artículo, pero la macro economía peruana actual creció principalmente producto de la liberalización del mercado. Sin embargo, el juez constitucional aún trajo para sí “economía social de mercado” por el prestigio citado de ser “tercera vía”. La adhesión a dicha fórmula fue un riesgo que no se osó ni al interior de la Ley Fundamental alemana ni menos en la experiencia española, siendo la Constitución 1979 la primera que contiene dicho término. Aunque es cierto también que con el Tratado de Lisboa, la Unión europea, con posterioridad respecto a la Carta peruana de 1979 ésta haya asumido una “constitución económica”, y en su artículo

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

tercer haya dispuesto obrar en pro de “**economía social de mercado** altamente competitiva”⁶¹.

El caso peruano es singular, aunque teóricamente se acerca a la tesis de Nipperdey: Esta tesis sostiene que existe una decidida orientación del legislador por adoptar en la Constitución alemana, distinto término de Ley Fundamental, la economía social de mercado. Este como presidente de la Corte Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), va influenciar la jurisprudencia alemana⁶². Nipperdey combina la economía social de mercado con “el libre desarrollo de la personalidad” cláusula contenida en el Art.2, inciso 1° de la Ley Fundamental, de la cual deviene la “libertad de operar en la vida económica”. Asimismo la economía social de mercado y la libertad de asociación contenida en la cláusula del art. 9, y la de profesión (art. 12); asimismo combinándola con la garantía de la propiedad privada y de la herencia de los bienes contenida en el art. 14 de la Ley Fundamental referida⁶³.

Siguiendo dicha tesis Luisa Casetti explica cómo en la teoría de Nipperdey la competencia tiene la calidad de derecho fundamental y al mismo tiempo es una garantía institucional de una Constitución orientada hacia el mantenimiento del macro equilibrio económico⁶⁴. Asimismo, a partir de la modificación del Art. 1 de la *Stabilitätsgesetz* el año 1967, se crea un debate si es que con dicha modificación existió un “dirigismo” hacia la economía social de mercado:

⁶¹ Tratado de Lisboa. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES#d1e13163-1-1> «Artículo 2. 1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. 2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia. 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

⁶² SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato /1 Il fascino della terza via*. En *Biblioteca de la Libertad*, 2009. “La neutralidad de la constitución económica alemana, en la acepción hasta ahora aclarado, es puesta en discusión por quien considera que expresa ésta una clara elección a favor de la economía social de mercado. A esta conclusión llega, en particular Hans Carl Nipperdey, primer presidente de la Corte Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), puesto en la institución durante el periodo desde 1954 hasta el 1963”.

⁶³SAITTO, F. *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della costituzione italiana*, p.19 disponible en <http://www3.unisi.it/ianus/numero%205/01.saitto.pdf>

⁶⁴ CASETTI, L. *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*. Giappichelli, Turín, 2002, p.47. “El modelo de economía social de mercado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.2 inc. 1 GG) en la teoría de HC. Nipperdey. (p-46). La libertad de competencia (Wettbeurbsfreiheit) presenta todas las características de un derecho fundamental del individuo al interior de un sistema inspirado por las reglas del mercado (das Grundrecht des einzelnen in der M'rktwirtschaft) y es al mismo tiempo garantía institucional (institutionnelle Garantie) de una Constitución orientada hacia el mantenimiento de aquel macro modelo económico”.

“[...]la revisión del 1967 ha representado, indudablemente un elemento de novedad. Como hemos ya anticipado, la introducción en la Grundgesetz del objetivo estatal en el mantenimiento del equilibrio económico general rompe en un sentido con los orígenes de una Constitución “provisoria” que había optado por la falta de formalización de específicas reglas sobre el comportamiento del Estado en materia económica”⁶⁵.

Al respecto comenta que ha habido dos posturas una primera según la cual sí ha legitimado un modelo económico fundado en el “dirigismo globale” y por consiguiente ha cambiado la fisonomía de la constitución en materia económica. Y otra posición más bien atribuye la apertura del *Grundgesetz* en materia macroeconómica y que valorando el sentido del art.109 GG se orienta por una constitución mixta de la economía social de mercado⁶⁶.

Existe asimismo la tesis de la “constitución económica mixta” que fue sostenida por Ernst Rudolf Hüber y que se fundamentó exactamente en la falta de mención en la Ley Fundamental, sin embargo, se trataría de una «economia di mercato obbligata socialmente» (*sozialverpflichtete Marktwirtschaft*)⁶⁷. Se trata que debe *bilanciarla* en el ámbito de un “orden compensatorio” que combinan individualismo y sociabilidad, más allá de los límites del pensamiento ordoliberal⁶⁸.

⁶⁵ CASETTI, L. *Op. cit.*, p. 101, 102. “Al interior de un sistema que, sobre la base de las orientaciones doctrinarias y jurisprudencial hasta aquí examinadas, expresa a través de las garantías de los derechos fundamentales las condiciones y entonces los institutos esenciales para el mantenimiento de una economía de mercado la revisión del 1967 ha representado sin duda un elemento de novedad. Como hemos ya anticipado, la introducción en Grundgesetz del objetivo estatal del mantenimiento del equilibrio económico general rompe en un sentido con los orígenes de una Constitución “provisoria” que había optado por la falta de formalización de específicas reglas sobre el comportamiento del Estado en materia económica”.

⁶⁶ CASETTI, L. *Op. cit.* p. 102, 103. “El impacto de la reforma constitucional de 1967 ha sido objeto de dos nuevas reconstrucciones, según una primera lectura, que en verdad no ha sido seguida ampliamente en la doctrina juspublicista, la revisión constitucional del 1967 ha legitimado un modelo económico fundado en el “dirigismo globale” y ha en consecuencia impreso una fisonomía bien definida a los principios constitucionales en materia económica, al punto de considerar hoy en día improponible la tesis de la “neutralidad” del Grundgesetz respecto de las elecciones en política económica⁷². (...) “Respecto a la solución interpretativa ahora citada, la mayor parte de la doctrina propone el “dogma” de la apertura del Grundgesetz en materia macroeconómicas y aclara el valor y la *portata* del art. 109 GG así como de los parámetros contenidos en la *Stabilitätsgesetz* a la luz del modelo “mixto” de la economía social de mercado.

⁶⁷ SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato /1 Il fascino della terza via*. Ob. Cit. “ Para ilustrar los términos de la combinación entre libertad y los vínculos de los cuáles se habla, Huber recurría al concepto de «economia di mercato obbligata socialmente» (*sozialverpflichtete Marktwirtschaft*), evimportante, en cuanto restituye el sentido de las referencias a la sociabilidad, indicaba en el principio del Estado social el fundamento de esta construcción. La ley fundamental lo enuncia recurriendo a expresiones menos involucradas, respecto de aquellas contenidas en la Constitución de Weimar, según la cual «l'ordine della vita economica deve rispettare le massime della giustizia e avere il fine di assicurare un'esistenza dignitosa» (art. 151).”.

⁶⁸ SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato 4/ L'era Adenauer e l'economia di mercato obbligata socialmente*, Ob. Cit. “En efecto, si la Ley Fundamental está centrada en el tema de los derechos referidos a la libertad, sin embargo esta indica la necesidad de equilibrarlos en el ámbito de un orden “compensatorio”²⁶, en el cual se combinan individualismo y sociabilidad más allá de

Asimismo, sobre la interpretación en base a dicha tesis hay un elemento más que contar esto es *l'Investitionshilfe Urteil* de 1954: “*Bundesverfassungsgericht* ha establecido que *Grundgesetz* no ha desarrollado ninguna decisión de política económica, pero esto no significa haber acogido la teoría de la *NichtEntscheidung* porque el Legislador, libre de perseguir las elecciones económicas en su discrecionalidad oportuna, tiene como límite último el respeto de la Ley fundamental misma 30.”⁶⁹.

En consecuencia, dicha interpretación trataría de una «garanzia della Costituzione mista» («*Garantie der gemischten Wirtschaftsverfassung*»): “en razón de la cual sería posible, desde la interpretación conjunta de los artículos sobre derechos fundamentales y de los vínculos derivados del Estado social al Legislador, deduciendo un sistema que complejo objeto de libertad y vínculos tales que pueden delinear un preciso orden constitucional de la economía 31”. Se trataría por consiguiente de construir un verdadero y propio “«*Ordnungsleitbild*»³⁶ (modelo de orden) que encarnaría un institutionelles System (sistema istituzionale) y daría vida al catracter *quintessenziale* del *Grundgesetz* o bien, la ya exigida «institutionelle Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung»³⁷ (garanzia istituzionale di una costituzione mista dell'economia).”⁷⁰.

El juez constitucional peruano ha adoptado la tesis de la economía social de mercado como “tercera vía” y de la adhesión del texto constitucional a dicho modelo. El modelo de Hüber, por lo expuesto se muestra como una variante en confrontar de la constitución económica tácticamente pura con la “constitución económica mixta”.

Reflexiones sobre el tema abordado:

En el contexto actual, las tesis funcionalistas y estructuralistas orientan a determinar los demás conceptos tanto los del liberalismo como aquellos provenientes de derechos colectivos, en especial en materia de pueblos indígenas.

Existe un uso ambiguo respecto del contenido del término “economía social de mercado”, primero al interior de un texto constitucional que acepta la planificación (según Constitución de 1979) y segundo ante un texto constitucional que acepta a los entes reguladores (Constitución de 1993), producto de su experiencia histórica que ha tenido en el Perú. Asimismo, está la experiencia ofrecida por los teóricos del ordoliberalismo en sus inicios, es decir del modelo germano puesto en marcha por Adenauer luego de la denominada Segunda Guerra Mundial. Estas sólo tres conjuntas fuentes contienen diferente contenido de “lo social”.

La amplitud de los mecanismos democráticos asimismo, hace que en otros ámbitos no circunscritos por dichas experiencias históricas supra se desarrolle “lo social”, incluyendo por ejemplo, las materias ambientales. El desarrollo de la “tercera vía”, por consiguiente,

los límites admitidos por el pensamiento ordoliberal. Esta tesis es sostenida por Ernst Rudolf Huber”

⁶⁹ SAIITO, Francesco. *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della costituzione italiana*, p.19, <http://www3.unisi.it/ianus/numero%205/01.saitto.pdf>

⁷⁰ *Ibidem*, p.19.

puede fácilmente desenvolverse en sede jurisprudencial con divergencias internas dentro del esfuerzo por determinar su propio contenido.

La tercera vía en el Perú, trataría de reconducir los derechos de los pueblos indígenas hacia premisas mayores que es, la economía de mercado, y restringiendo la primera a “lo social”. De ahí es que justamente se crean las tensiones con los derechos colectivos.

2.3. Jurisprudencia sobre el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas.

Respecto de lo expuesto en el ítem anterior, esta parte parece ser sustantiva, es decir no afectada por la “constitución económica”. Sin embargo, nuestra crítica de fondo es que todo “lo social” es reconducido, finalmente, a las máximas de “la defensa de la constitución”, y en especial de la “constitución económica”, a su vez se sintetiza en la “economía social de mercado”, bajo las líneas jurisprudenciales del Tribunal constitucional peruano.

En este acápite evaluaremos exclusivamente, la circulación del flujo normativo global del derecho internacional hacia el derecho interno, en especial respecto del derecho de consulta previa, que desde el derecho internacional trata de ingresar al ordenamiento interno. En consecuencia evaluaremos, la tentativa de trasplante de dicha regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa.

Desde la terminología del derecho comparado, nos preguntaríamos: ¿se produjo o no un “trasplante” de las normas internacionales de derecho de la consulta previa? No se puede llegar conclusiones definitivas aún, pero existe la tendencia, debido a la instancia política interna de toma de decisiones que no se produzca un trasplante del diseño de la consulta previa creada en sede internacional. Esta pregunta también se hace Bartolomé Clavero, dice:

“La cuestión inmediata entonces es la de si la República del Perú lo acepta o se resiste [a los estándares internacionales citados al transplante]. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es un importante signo de aceptación”⁷¹.

La respuesta se va ir dando a partir de la revisión del formante jurisprudencial, restringido a las sentencias del Tribunal Constitucional, excluyendo el desarrollo existe en el Poder Judicial. Como sabemos en el Perú se da tanto el control concentrado como el control difuso.

⁷¹ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, Op. Cit., p.4.*

Primero, respecto del contenido de las sentencias tenemos una síntesis de sobre el contenido de las sentencia desarrollada por parte de Juan Carlos Ruiz. El autor enumera las siguientes temáticas al interior de las sentencias de nuestro interés. Dice:

“Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 11, 41).

Obligación de armonizar los intereses en conflicto (STC Nº 03343-2007-PA/ TC, f.j. 34)

El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 31)

Norma no consultada es inconstitucional (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 10 última parte)

La consulta legitima la acción gubernamental (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 36)

El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995 (STC Nº 06316-2008-PA/ TC, f.j. 23).

Una medida administrativa no consultada es inconstitucional (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 27).

Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 11, 43).⁷²

Nos centraremos sólo en algunos ítems. El perfil que tomará es cómo gradualmente se ha venido reconociendo el Convenio 169 de la OIT al interior de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico peruano. La primera aproximación proviene del derecho a la identidad, en sentido del “reconocimiento de la identidad étnica y cultural”, en este sentido se trata de un precedente, luego viene en sí el derecho, que parece incluso autónomamente protegido como “contenido constitucionalmente protegido”. Y luego incluso, la incidencia del tribunal constitucional mediante una sentencia que ordena al Ministerio de Energía y Minas la adecuación al convenio 169 de la OIT por omisión normativa. Esa graduación de reconocimiento jurisprudencial de derecho nos servirá para evidenciar cómo poco a poco el formante jurisprudencial va tomando más prestigio que el formante legal. Hasta dicha afirmación contiene este capítulo. En el próximo veremos cómo pierde credibilidad el formante legal en la búsqueda de ser eficaz al implementar la “economía de mercado”, en base a la normativa excepcional. Esto último será una pausa explicativa: Lo desarrollado en este capítulo nos servirá para luego analizar dicho “contenido constitucionalmente protegido”, que potencialmente, como ya ha sucedido con otros derechos pueden ser también reconducidos a la interpretación de la economía social de mercado, y por ende orientar una ponderación, como mecanismo discrecional del juez para obtener una máxima interpretativa mucho más legitimada por capacidad

⁷² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La consulta previa de los pueblos indígenas análisis de la ley y su reglamento*. Lima, 2012, p. 228.
http://www.hss.de/fileadmin/americalatina/Peru/downloads/la_consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_peru.pdf

argumentativa que no posee el formante legal. En lo seguido explicamos hasta el punto detallado.

2.3.1. Precedente: Derecho a la identidad.

En la jurisprudencia del TC, la construcción autónoma del derecho de la consulta previa, pasa por un primer periodo de reconocimiento de la identidad. En ella en un inicio se combina lo étnico con el Estado democrático y de derecho teorizado por Häberle⁷³. Así como por el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT en reiterada jurisprudencia⁷⁴, incluso, incluyendo al interior de la sentencia en análisis (EXP. N.º 0022-2009-PI/TC) el texto del Art. 6 del Convenio 169 de la OIT que contiene el derecho a la consulta previa. Asimismo, explica que la consulta no implica un “derecho a veto”⁷⁵ por parte de los pueblos indígenas. Entre las características descritas: buena fe, flexibilidad, objeto de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación previa del derecho de consulta (forma previa).

⁷³ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC. “245 § II. Derecho a la identidad 5. Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho «supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]» (HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34).”

⁷⁴ *Ibid.*, “§ IV. Sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 9. En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los «tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional» [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]». Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos.”

⁷⁵ *Ibid.*, “§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas 24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo”.

2.3.2. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

Asimismo, la citada sentencia trata de un “contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta”, lo que importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.”. Al respecto se extiende y dice:

Respecto del acceso a la consulta dice:

“En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”⁷⁶.

Respeto de las características esenciales del proceso de consulta dice:

“39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas”⁷⁷.

Respecto de la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta dice:

“ 40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta”.

Vale acotar que hacemos esta referencia de manera expansiva porque en el capítulo siguiente explicaremos cómo la pregunta: “cuál es el contenido esencial del derecho de...” Tiene como presupuesto un reclamo a la teoría *esenzialtheory*, teoría esta última que en sede constitucional sirvió para determinar un uso limitativo del derecho de propiedad en área germana.

⁷⁶ Sentencia del TC recaída en EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.

⁷⁷ *Ibidem*.

Exponiendo otro tema. El tema de la cogestión, y el hecho de participar de la riqueza mediante la conciliación de intereses. En el tema de las comunidades también el Tribunal constitucional sugiere en la sentencia trata de la “indemnización como beneficio compartido”. Asimismo, que dichos pueblos “deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida”⁷⁸.

Como lo hemos ya manifestado más adelante: La unicidad de la regla que contiene el derecho de consulta previa une las experiencias tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, la linealidad histórica ancestral de la historia de los pueblos indígenas, asimismo se sustenta sobre la matriz positiva basada en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷⁹. Bartolomé Clavero explica, se trata de “estándares internacionales del derecho de consulta previa”⁸⁰. Estaríamos dentro del “bloque de constitucionalidad” que el Juez del Tribunal Constitucional debe tener en cuenta para interpretar el derecho de la consulta previa. Esta parte sustantiva la he desarrollado en la tesis en el libro de mi autoría del 2003 ya citado.

2.3.3. Adecuación por omisión normativa.

⁷⁸ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC § XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido. 52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.

⁷⁹ TORNERO CRUZATT, Yuri. *Derecho a la consulta previa: un bosquejo para su estudio*. Op. cit., p.7.

⁸⁰ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena)*. Disponible en <https://sogip.files.wordpress.com/2012/01/informe-sobre-el-peru-tras-la-ley-de-consulta.pdf>.

Informe inicialmente expuesto ante la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú a invitación de su presidente, Antonio Medina, mediante gestión de la congresista Verónica Mendoza en sesión ordinaria del día 16 de este mes de enero para que disertara y departiese sobre Los estándares internacionales en materia de derechos indígenas e industrias extractivas y reglamento de consulta previa

Otra sentencia interesante de analizar es la Exp. N.º 05427-2009-PC/TC del TC, se trata de un caso que resalta el “fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la »inconstitucionalidad por omisión«, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la »acción de inconstitucionalidad por omisión« “ bajo “la existencia de un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales”. Y que dicha omisión es una forma de “»fraude a la Constitución» o »Constituciones nominales«, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes”. En dicho contexto el Tribunal procede a una “Adecuación del presente proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión normativa planteada”⁸¹.

Entonces, el objeto de la causa viene definido en base a la “adecuado o redimensionado”, con la obligación del Ministerio de energía y Minas de “reglamentar el procedimiento de consulta” El texto íntegro dice lo siguiente:

“25. En mérito a estas consideraciones, este Tribunal concluye que el presente proceso de cumplimiento debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante. Ahora bien, en estricto la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una omisión normativa inconstitucional directa, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de omisión normativa inconstitucional indirecta, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional”⁸².

En dicho contexto el TC sentencia dictaminando: “ORDENAR al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia”⁸³.

Aunque asimismo, decide “Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia”⁸⁴.

Exp. N.º 06316-2008-PA/TC se reclama la confianza mutua entre el empresario y la comunidad, así como, en este caso la consulta de forma gradual. La finalidad es que no se vean paralizadas las operaciones de las empresas y por consiguiente que se implementen a favor de las comunidades: “mecanismos adecuados y eficaces de

⁸¹ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 05427-2009-PC/TC del TC.

⁸² *Ibídem*.

⁸³ *Ibídem*

⁸⁴ *Ibídem*

consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones”⁸⁵. Y no siendo tales mecanismos “los talleres informativos”:

“Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente [...] consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta”⁸⁶.

En síntesis, vemos cómo el formante jurisprudencial procura ser informador de la doctrina jurídica de los derechos de los pueblos indígenas a nivel interno en el caso peruano. Llegando a influenciar incluso sobre los otros poderes, como el caso citado que ordena al Ministerio de Energía Minas adecuarse a lo dispuesto por el convenio 169 de la OIT. Como más adelante corroboraremos, en comparación con el formante legislativo, el formante jurisprudencial trata de ser más racional y que se encuentra en los cauces de la justicia constitucional, a nivel de reconocimiento de derechos en abstracto.

Volviendo a la pregunta formulada desde la terminología del derecho comparado, nos preguntaríamos: ¿se produjo o no un “trasplante” de las normas internacionales de derecho de la consulta previa? Hasta aquí intencionalmente queremos dejar con la impresión, que por la graduación realizada se produjo el trasplante del derecho de la consulta previa, sin embargo, de manera combinada en el formante legal explicaremos cómo el formante jurisprudencia también por medio de la determinación del momento en que es eficaz el Convenio 169 también va ser elemento de considerar como parte de la “resistencia” del derecho interno frente al derecho internacional.

Asimismo, se explica cómo la esfera de la política legislativa influencia sobre el formante legal interno y con ello socavando el carácter autoaplicativo que en un primer momento se pensaba que se adoptaba, esto es, al momento en el cual la norma del Convenio era considerado el fundamental para hacer la ley; pero sin embargo variaciones puntuales sobre la determinación de la identidad son introducidas en la sede normativa interna.

La tesis de la autoaplicación del Convenio 169 de la OIT. Es decir, por ejemplo, ante el avance de la economía de mercado, como modelo moderno van a estar a favor de la no

⁸⁵ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 06316-2008-PA/TC “30. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua. Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/ TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida”.

⁸⁶ *Ibídem*.

implementación automática desde 1995, sino que más bien van a presentar diversas posturas.

En cuanto a los casos de la jurisprudencia por ejemplo, referido al caso Conga, el Tribunal procura tener una discrecionalidad programática para sopesar unos derechos sobre otros⁸⁷. Esto nos servirá asimismo de punto de partida para lo analizado en el capítulo tercero: la idea central es que en caso concreto habrá una discrecional suficiente del juez a pesar de la buena capacidad argumentativa que dispone. Y por consiguiente, existe una relación de conflicto entre la puesta en marcha, de la defensa de la constitución económica y “lo social”, o la justicia ambiental, por ejemplo, que demanda el caso concreto⁸⁸, o cualquier otro derecho de los pueblos indígenas. Siguiendo esta línea crítica, por ejemplo critica Juan Carlos Ruiz “Llama la atención la heterogeneidad en las sentencias del TC peruano, algunas (00022-2009-PI y 05427-2009-PC) muy bien fundamentadas, innovando y recepcionando lo mejor de la doctrina y de la jurisprudencia comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otras mal argumentadas y desdibujando y dando marchas atrás en los pronunciamientos iniciales. En realidad, este desarrollo jurisprudencial ha sido retórico y no se ha traducido en una efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, pues solo una sentencia fue declarada fundada y en el caso de procesos contra medidas legislativas, en un solo caso se optó por una sentencia interpretativa, es decir, no aplicable a los pueblos indígenas”⁸⁹.

⁸⁷ TORNERO CRUZATT, Yuri. *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*. Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Bilbao, 2014, N° 12, p. 137-160.

⁸⁸ RUIZ MORELLA, Juan Carlos. *Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

⁸⁹ *Ibíd.*

CAPÍTULO III. COMPONENTES DEL FORMANTE LEGAL: DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, NORMATIVA EXCEPCIONAL Y TENTATIVA DE TRANSPLANTE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.

ÍNDICE DEL CAPÍTULO 3

3.1. Defensa de la constitución, normativa excepcional y Poder Ejecutivo. Estado fuerte, poder constituido y el premio del poder constituido.

3.1.1. Defensa de la constitución y Estado fuerte.

3.1.2. Normativa excepcional y Poder Ejecutivo en la experiencia latino-americana.

3.1.3. Orientaciones sobre la delegación de facultades por decretos en el Poder ejecutivo.

3.2. Decretos Legislativos que crearon conflictividad social en materia de derecho de los pueblos indígenas.

3.2.1. Decretos legislativos en el contexto de la implementación del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

3.2.2. Decretos de urgencia emanados a causa de la “crisis financiera internacional”.

3.2.3. Reflexiones sobre la normativa excepcional finales.

3.3. Formante legal peruano: Tentativas de transplante del derecho de consulta previa, comentarios a ley y reglamento de consulta previa.

3.3.1. Tentativas de transplante del derecho de consulta previa.

3.3.2. Comentario a La ley y reglamento de consulta previa. Autonomía e identidad indígena.

3.3.3. Reflexiones finales sobre el formante legal del derecho a la consulta previa.

Capítulo III. Componentes del formante legal: poder constituido, normativa excepcional y la ley de reglamento de consulta previa.

En este capítulo nos ocuparemos de describir el formante legal desde una visión cultural del flujo normativo global, que parte del área germana hacia el área latinoamericana, y especial al Perú. A partir, principalmente de la influencia de Carl Schmitt. A partir de su *decisionismo* sobre la cuestión soberana se va defender la Constitución, a partir del poder legitimado mediante ella, y por ende, premiado de defender la “constitución económica”. Esta racionalidad, va ser conducida en el área latinoamericana, pero asimismo, las experiencias próximas se van a asemejar por ejemplo la experiencia argentina de la “emergencia económica” o la experiencia chilena de la “democracia protegida” van a converger sobre esta misma racionalidad. Asimismo, en el Perú, la formación del presidencialismo fuerte, tiene un teórico defensor, y luego, esto mismo se va traducir, en una manifiesta adhesión a dicha máxima.

Contra a la tendencia descrita, los mecanismos democráticos van creciendo. Son diversos. En esta sección presentamos el derecho a la consulta previa, que es una propuesta desde la sede del derecho internacional como ya lo hemos explicado, en el contexto de circulación de modelos jurídicos.

La consecuencia del avance de los mecanismos democráticos va ser que, el formante legal, bajo la tradición jurídica del poder constituido como soberano sobre la tesis del decisionismo en situaciones excepcionales, va entrar en crisis de legitimidad. A pesar que los gobiernos democráticos usan como tradicionalmente lo solían usar mediante normativa excepcional delegada por el parlamento, esta no va ser aceptada porque, en el caso concreto se afirma que vulneran los derechos de los pueblos indígenas. Describimos cómo por ejemplo se presenta dicha conflictividad cuando se aprueban los decretos legislativos por delegación de facultades del Congreso de la República al Presidente de la República Alan García. Y que luego, incluso el Tribunal deroga alguno de ellos. Seguido asimismo, ilustramos cómo pierde legitimidad el Poder Ejecutivo, del cual emana el formante legal en el caso que emana decretos de urgencia a causa de la implementación de una serie de proyectos de inversión y poniendo como causa la “crisis financiera internacional”.

En lo que sigue del capítulo, nos ocuparemos a la actuación tanto del formante legal como del formante jurisprudencial como agentes de derecho interno que ofrecen resistencia a la recepción del derecho internacional. Esto es a las Tentativas de trasplante del derecho de consulta previa. Seguido de esto, explicaremos cómo dicha resistencia existe y se presenta en la interpretación del momento en que surten los efectos el Convenio 169 de OIT, en ello influencia la Sentencia del tribunal Constitucional, que no reconoce la tesis de la “autoaplicabilidad del Convenio” y más bien toma una postura divergente en los pronunciamientos. Asimismo, cómo la regla que contiene el derecho a la consulta previa se ha reconfigurado a partir de la definición quién es indígena. En base a la discrecionalidad que ofrece la ley de consulta previa respecto del Convenio, asimismo vinculada a esta problemática la interpretación del reglamento. Terminando con reflexiones finales.

3.1. Defensa de la Constitución, normativa excepcional y Poder Ejecutivo. Estado fuerte, poder constituido y el premio del poder constituido.

3.1.1. Defensa de la constitución y Estado fuerte.

La formación europea influyó principal mente a través de Carl Schmitt. Esta forma de concebir el Estado recae en el *decisionismo* del citado autor⁹⁰. Ahí el Estado soberano, la soberanía está en la capacidad de decidir sobre la excepción, y corresponde al poder legitimado reestablecer el orden constitucional. Se basa asimismo, en el premio político sobre el ejercicio legal del poder, de poder fundante, legítimo- constitucional. En este marco Schmitt plantea que la constitución debe ser defendida, y quien la defiende es el poder soberano de quien decide en la excepción.

Las tesis de Schmitt frente a las tesis de Kelsen del positivismo influyen hacia una política que pretende activa la carta constitucional, el acuerdo social establecido, desde el poder legitimado, incluso en situaciones excepcionales. Dentro de dicho marco la teoría de la soberanía del Estado moderno legitima al Poder Ejecutivo como capaz de usar la fuerza pública, tomar la decisión última, para superar cualquier crisis de representación. "Soberano es aquel que decide un estado de excepción"⁹¹.

Asimismo, en el área germana encontramos asimismo, la categoría jurídica del "Estado fuerte", desarrollada por el ordoliberalismo, no es sinónimo por sus teóricos del Estado autoritario:

"[...] un Estado más fuerte no significa: más ministerios, y por cierto no significa: más funcionarios públicos. En cambio un Estado fuerte, es un Estado que logra realizar los objetivos que ha fijado en su política económica y social usando un mínimo de reglamentaciones legales básicas y un mínimo de intervenciones en el desarrollo de los procesos económicos"⁹².

Sobre el Estado fuerte Alessandro Somma dice lo siguiente: "el ordoliberalismo mira a conciliar el mercado con la presencia de un Estado fuerte llamado a "dirigir" de modo

⁹⁰ FLAX, Javier. La democracia atrapada. Biblos, Buenos Aires, 1era ed., p.30.

⁹¹ SCHMITH, Carl La dictadura, Madrid, Revista de Occidente, 1968; en "Teología Política", Estudios Políticos, Madrid, Doncel, 1975, paginas. 33 a 166.

⁹² Discusión de la Exposición de Ronald Clapham. Las Bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania. En Economía social de Mercado. Coloquio Peruano Alemán. A cargo de Cámara de Comercio e Industria peruano Alemana. Lima:1980,Industrial gráfica s.a, p.81. Ante la evidencia por parte de Roberto Abusada de que existe un contraste entre el problema del Perú de la pobreza de la sociedad peruana y la experiencia alemana de después de la segunda guerra, tiene la respuesta de Ronald Clapham que "Usted ha destacado el Estado fuerte". En primer lugar, un Estado más fuerte no significa: más ministerios, y por cierto no significa: más funcionarios públicos. En cambio un Estado fuerte, es un Estado que logra realizar los objetivos que ha fijado en su política económica y social usando un mínimo de reglamentaciones legales básicas y un mínimo de intervenciones en el desarrollo de los procesos económicos"

“razonable y planificado” las “fuerzas libres” a través de normas capaces de incentivar “el sentido de la colectividad del pueblo dedicado a las actividades económicas”⁹³.

En el contexto de crisis afrontado desde el Poder Ejecutivo, el proceso de modernización mediante la expansión del capital, de la economía de mercado necesita medidas eficaces y por ende, para que avance a la velocidad que requiere la urgencia económica, se justifican facultades excepcionales concedidas al presidente de la República, en dicho afán, el presidente procura respetar “lo social” de la “economía de mercado”.

En situaciones de crisis o emergencias económicas, tendencialmente desde el Poder Ejecutivo se concentra más de lo acostumbrado el poder político y de representación, es así que bajo el comando de civiles o militares, elegidos o no se procede a dictaminar normas excepcionales, que tratan de fortalecer y acrecentar el poder constituido, evitando que el conflicto y la democracia obstaculicen en los resultados de la macroeconomía del país.

3.1.2. Normativa excepcional y Poder Ejecutivo em la experiência latinoamericana.

Del Estado totalitario al Estado actual, (este último aquel elegido democráticamente y respetuoso del Estado democrático de derecho), pasan formas jurídicas que van poco a poco permitiendo su paulatino cambio, que lo inclina justamente a esto: a la democratización de las decisiones.

La idea central es que existe un vínculo directo entre empoderamiento normativo del poder ejecutivo para acrecentar el mercado por medio de mecanismos jurídicos excepcionales que restan el ámbito de acción de los mecanismo democráticos. Para profundizar esta idea en el derecho comparado⁹⁴.

⁹³ SOMMA, Alessandro. Liberali in camicia nera. La comune matrice del Fascismo e del liberismo giuridico, 2005, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril, año/vol. XXXVIII, número 112, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 293-323

⁹⁴ CARETTI, Paolo BARBIERI, Giovanni Tarli. *La decretazione d' urgenza: alcuni spunti per una comparazione*. En *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale scientifica 2012, p.2530-2563. CARLASSARE, Lorenza. *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d' urgenza*. vol. I. En *Scritti in memoria di Livio Paladin*. vol. III. Nápoles, Jovene editore, 2004, p.423- 463. ARENA, Rosanna. *Il rapporto Parlamento- governo alla luce delle dinamiche della normazione:la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa* En *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. (a cargo de Antonio ruggeri). Edizioni scientifiche italiane, 2006, napoles.p.87-122. CACASINO, Elisa. *Il rapporto Parlamento- governo alla luce delle dinamiche della normazione:la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa* . En *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. (a cargo de Antonio ruggeri). Edizioni scientifiche italiane, 2006, napoles.p.123-161. En *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. (a cargo de Antonio ruggeri). Edizioni scientifiche italiane, 2006, napoles.

La teoría del “Estado fuerte” de matriz europea, entra en “diálogo” con los modelos estatales en Latinoamérica, un punto hipotético de contacto es la “doctrina de seguridad nacional”, la cual reivindica el rol de vanguardia de los militares en el proceso de la independencia, y por consiguiente la legitimidad de éstos sobre el poder civil.

Otro ejemplo, en Argentina se usó la “doctrina de la emergencia” económica, donde por ejemplo mediante el fallo Peralta la “emergencia económica” se profundizó y constituyó el factor justificante del creciente poder del presidente para activar así normativa excepcional bajo el amparo de la delegación legislativa del Parlamento.

En un volumen a cargo del profesor Giuseppe de Vergottini, explica Dalla Via analiza los casos latinoamericanos analiza la “doctrina de facto” en la experiencia argentina:

La llamada “doctrina de facto” comienza su desarrollo con la “Acordada” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fechada el 10 de setiembre de 1930, es decir cuatro días después del golpe revolucionario que derroca al Presidente Hipólito Yrigoyen; dicha acordada fue elaborada sigilosamente fuera del horario habitual para este tipo de decisiones de la corte y recién fue dada la a publicación el día 13 de setiembre del mismo año. La acordada de 1930 reconoció la legitimidad del gobierno provisional en el derecho de la “revolución triunfante” y el “asentimiento popular”; al mismo tiempo, los jueces del Alto Tribunal no fueron depuestos sino que conservaron sus cargos bajo el pretexto o la ficción de una “continuidad de la legalidad”. “El autor que ha alcanzado mayor difusión como expositor de la doctrina de facto ha sido el administrativista canadiense Albert Constantineau merced a la cita del mismo que realizó la Corte en la ya referida “acordada”⁹⁵.

A partir del fallo “Peralta” la emergencia económica” se profundizó y constituyó el justificante teórico de una concentración creciente de las facultades en el Poder Ejecutivo, tanto a través de la práctica de los denominados Reglamentos “de necesidad y urgencia, como a través del abuso en la delegación legislativa. La delegación legislativa era admitida en nuestra jurisprudencia anterior de manera muy limitada a partir de la doctrina de los fallos “Delfino” y “Mouviel” en la década del ’60, siendo de práctica frecuente en algunas materias específicas por razones puramente técnicas, como la delegación en materia arancelaria⁹⁶.

El proceso privatizador y Reforma del Estado aceleró notoriamente esa tendencia. En los hechos casi la totalidad de las privatizaciones se realizaron por vía de la delegación legislativa, toda vez que permitían declarar a una empresa o sector de servicio “sujeto a privatización” por el Poder legislativo y delegar a partir de allí a los instrumentos jurídicos necesarios. La tendencia de la delegación legislativa se marcó en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia que amplió los márgenes desde la llamada delegación “propia”

⁹⁵ DALLA VIA, A.R. *La emergencia constitucional en argentina*. En *Costituzione economica ed emergenza in America Latina, Argentina, Cile, Ecuador, Perú , Venezuela* .(a cargo de De Vergottini) Giappichelli Turín, 1997, p. 15.

⁹⁶ DALLA VIA, A.R. *La emergencia constitucional en argentina*. En *Costituzione economica ed emergenza in America Latina, Argentina, Cile, Ecuador, Perú , Venezuela* (a cargo de De Vergottini) Giappichelli Turín, 1997, p. 15.

a la llamada delegación “impropia”, como fue el caso “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, del 2 de diciembre de 1993.

Esta tendencia intervencionista por parte del Poder Ejecutivo se observa en el abuso del dictado de Decretos de Urgencia, en aplicación del “veto parcial” como técnica para adaptar la legislación y en la delegación legislativa. Pero también es en el ámbito del control donde se observa la tendencia centralista que se justifica a través de la doctrina de la emergencia como ocurrió en el caso de Chile, durante el periodo de Pinochet, también se creó retórica jurídica, así como se teorizó con argumentos jurídicos para defender el régimen. Tomás Mulián refiere que, en los primeros años luego del golpe de Estado Pinochet “el predominio del mercado frente al decisionismo estatal y la universalización de formas mercantiles fue una idea central vehiculada por el saber emergente”.

En Chile, la dictadura de Pinochet se protegió bajo el concepto de “democracia protegida”, al respecto Tomás Mulián. Explica, entre otras cosas el afianzamiento del poder presidencial, presupuesto para dicho estado fuerte, dice:

“El año 1977 fue decisivo para la elaboración de la futura constitucionalidad del régimen militar. Además del discurso de Chacarillas es indispensable examinar la carta de Pinochet a la Comisión de Estudios Constitucionales de noviembre del mismo año (1977). En la misiva Pinochet definió los grandes lineamientos de la futura Constitución. A diferencia de otros, insistió en la necesidad de una nueva Carta Fundamental y señaló su eje estructurante, la noción de “democracia protegida”. Las orientaciones pueden resumirse en los siguientes puntos principales: a) afianzamiento del sistema presidencial, de manera de preservar el principio de la autoridad ejecutiva fuerte b) constitución de un nuevo tipo de Parlamento con composición mixta (electos-designados) e incorporación obligatoria de comisiones legislativas de personalidades con conocimientos técnicos o versación jurídica, c) creación de un “poder de seguridad”, a través del cual la participación de las FFAA en la preservación de los “objetivos permanentes” de la nación adquiriría un rango constitucional, d) existencia de partidos de “nuevo tipo” que actuaran como corriente de opinión, e) la proscripción definitiva de los grupos totalitarios y la prohibición de la divulgación de sus doctrinas.”⁹⁷.

La “democracia protegida” es una idea desarrollada ya por Hayek. Primero explicamos en base a Mulián en que consistió dicha “democracia protegida” y luego hacemos mención al nexo en concreto.

“El segundo movimiento tuvo lugar desde el momento que se hizo patente el éxito económico y duró hasta el ’80. El dispositivo saber se abocó a la construcción de un discurso político, una teoría sobre la forma de Estado adecuada al nuevo proyecto de revolución capitalista. Fue un periodo donde el esfuerzo ideológico estuvo colocado en cuatro metas concatenadas: a) cerrar la brecha entre libertad económica y despotismo político ya que, al superarse la situación de emergencia, la incongruencia resaltaba demasiado, b) producir- primero en forma discursiva y luego en forma práctica- un Estado donde la libertad política no fuera el verdugo

⁹⁷ MULIÁN, Tomás. Chile anatomía de un mito. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1997, p. 230.

de la libertad económica, c) elaborar para ello modelos institucionales aptos y persuadir la necesidad de adaptar esos modelos elaborados, con una visión estratégica de largo plazo y d) realizar operaciones para abrir paso a una democracia que fuera compatible, en diferentes escenarios, con el neoliberalismo.”⁹⁸.

En este primer párrafo es una descripción dentro del cuadro general del tipo de “democracia” que necesitaría el régimen de Pinochet. En este segundo párrafo se refiere a la democracia “protegida”, en específico:

“El principal producto teórico del dispositivo saber en esta fase fue la noción de “democracia protegida”. La operación ideológica realizada fue doble: a) rescatar para el proyecto transformista la palabra mítica del siglo XX, democracia, realizando una conciliación discursiva de ella con el neocapitalismo y b) para esos efectos, producir una democracia considerada segura contra los potenciales “demagogos populistas” pero también contra los peligros de la personalización del carisma en la propia fase de la dictadura, contra los peligros de la autonomización del líder o riesgo “bonapartista”⁹⁹.

Esa “democracia protegida” era considerada superior a la liberal, porque no había en ella neutralidad valorativa ni tampoco funcionamiento irrestricto del principio de mayoría, puesto que ese principio debía subordinarse a las exigencias del “orden natural”. La voluntad de las mayorías, su manejo demagógico, su posible pérdida de una visión estratégica, hacían necesario que la voluntad popular estuviese limitada. Para ello decían existir instituciones de contrapeso, de manera que los grandes “objetivos nacionales” pudieran preservarse.”

“la democracia fue redefinida, negándosele la posibilidad de decidir sobre las finalidades y asignándole un rol sólo en la decisión sobre ofertas respecto a las modalidades de realización de los fines.”¹⁰⁰.

Y en específico, sobre la relación entre el concepto de la “democracia protegida” y Hayek. Hace referencia a la conexidad entre el concepto de “democracia protegida” y el pensamiento de Hayek contenido en su libro Camino a la Servidumbre, referencia contenida en su pie de página número 176. Escribe lo siguiente:

“A fines de 1977, cuando recién se comenzaba el proceso de completar las “instituciones económicas de la libertad”, el profeta Hayek en persona visitó Chile. Una y otra vez recalcó estas dos ideas fuerza: “la libre empresa es el único camino para el bienestar” y la “democracia no puede ser ilimitada”¹⁰¹. Esta última afirmación, en realidad muy antigua en su pensamiento¹⁰², fue pronunciada poco tiempo después del discurso presidencial de Chacarillas, en el cual anunció el itinerario de transición.. En la tesis de Hayek se vio un espaldarazo teórico a las propuestas del ejecutivo en materia de orden económico. En realidad, más de

⁹⁸ MULIAN, Tomás. *Chile anatomía de un mito*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1997, p. 230.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 212.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁰² *Ibid.*, p. 176.

algún testafarro consideró a Hayek un imitador de Pinochet, en vez de ver en Pinochet un glosador de Hayek”¹⁰³.

Sucede algo curioso con Hayek, que siendo un teórico del libre mercado termina aceptado y defendiendo el régimen de Pinochet. Esto podría deberse asimismo, a su proximidad a las tesis ordoliberales, y por consiguiente, finalmente aceptar las tesis que recurren al orden constitucional constituido.

Existió un puente de comunicación entre el ordoliberalismo representado por Eucken y el neoliberalismo representado por Hayek. En particular, en el año 1962 Hayek y se transfiere a Alemania, a la Universidad de Friburgo, donde sucede a Walter Eucken en la enseñanza de la cátedra de “Economía Política”, universidad en la cual se retira de la docencia universitaria y donde asimismo, le viene conferido el título de profesor Emérito¹⁰⁴.

La versión del Instituto Eucken refiere que, cuando Eucken y Franz Böhm fundan la revista que da el nombre a la corriente Ordoliberalismo, es decir la revista *Ordo*, éste primero invita a Hayek tanto a ser parte del comité editorial como a escribir un artículo en el volumen inaugural de dicha revista, Hayek aceptando ambas invitaciones escribe “Individualism: True and false”. Asimismo, según la citada fuente, una parte importante de su obra referida a la parte jurídica, que llega a ser su trilogía *Law, Legislation and Liberty*, la prepara, para su posterior publicación, en la Universidad de Friburgo. Para otra fuente, a pesar de su amistad con Eucken y su periodo en Friburgo no dejó trazos de su obra escrita la influencia del ordoliberal alemán¹⁰⁵.

Hayek criticaba el rol de los sindicatos considerándolos un factor de la desocupación y de haber provocado el declino de la economía británica¹⁰⁶. Asimismo considera perniciosa la herencia de Gran Bretaña de la soberanía parlamentaria, según la cual “la asamblea de los representantes no solamente es la autoridad suprema, sino incluso ilimitada”¹⁰⁷.

En el Perú, respecto de lo acontecido durante Fujimori en 1992, Landa Arroyo expresa que se trató de un proyecto de “modernización autoritaria”¹⁰⁸. La concentración del poder

¹⁰³ *Ibid.*, p. 212 y 213.

¹⁰⁴ VANBERG. Viktor J. *Hayek in Freiburg*, p.1 disponible en http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/DP2012/12_1_Hayek_in_Freiburg_web.pdf. Asimismo, WOHLGEMUTH, Michael. *L' influenza dell' economia austriaca sul liberalismo tedesco*. En *Storia del liberalismo in Europa*, Op. Cit., p. 864.

¹⁰⁵ VANBERG. Viktor J. *Hayek in Freiburg*, Op. Cit., p.1 disponible en http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/DP2012/12_1_Hayek_in_Freiburg_web.pdf. Asimismo, WOHLGEMUTH, Michael. *L' influenza dell' economia austriaca sul liberalismo tedesco*. En *Storia del liberalismo in Europa*, Op. Cit., p. 864.

¹⁰⁶ NADEU, Roberto. *Friedrich Hayek e la natura del liberalismo*. En *Storia del liberalismo in Europa*, Rubbettino Editore, 2013, p.994.

¹⁰⁷ VON HAYEK, Friedrich Augusto. *Legge legislazione e libertà Critica dell' economia pianificata*, (trad. Pier Giuseppe Monateri), Saggiatore, 2010, p. 375.

¹⁰⁸ LANDA ARROYO, C. *Derecho procesal constitucional*, en *Vigésimo cuaderno de trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP*, n. 20, 2011, p. 6: «Sin embargo, a partir de la década de los ochenta se generaron escenarios de profundos cambios históricos contemporáneos; como el restablecimiento de la democracia representativa, con instituciones modernas del Estado

en el presidencialismo, ha sido un instrumento desde el cual se han puesto en marcha diversas reformas.

En la transcripción del texto denominado “Mensaje a la Nación” del 5 de abril, día del autogolpe de Estado, de Alberto Fujimori, se encuentra la racionalidad según la cual éste considera que el presidencialismo fuerte es la vía para superar el contexto de crisis para así conseguir la “transformación y el progreso”. El texto referido dice, entre otras cosas:

“¿Cuál es la institución o mecanismo que permitiría realizar todos los cambios profundos que a su vez hagan posible el despegue del Perú? Sin lugar a dudas ni el Parlamento, ni el Poder Judicial son hoy por hoy agentes de cambio, sino más bien freno a la transformación y el progreso”¹⁰⁹.

Sin lugar a dudas Fujimori sabía que el Poder que se concentra en la institución del presidencialismo latinoamericano es capaz de componer una agenda política potenciada, incluso de lograr la adhesión de las Fuerzas Armadas que en casos anteriores más bien, habían sido ellas las que se caracterizaban que daban el golpe de Estado. Era un clima social que aún se enmarcaba en la Guerra Fría y que los partidos de orientación comunista trataban de hacer la “revolución” por vías nada pacíficas, con el uso de la violencia armada. En ese sentido el Presidente tenía un deber con el país. Dice:

Como Presidente de la República, he constatado directamente todas estas anomalías y me he sentido en la responsabilidad de asumir una actitud de excepción para procurar aligerar el proceso de esta reconstrucción nacional, por lo que he decidido tomar las siguientes trascendentales medidas.(...)”¹¹⁰.

En dicho contexto de concentración de poder desde el presidencialismo, bajo lineamientos de una política económica. En ese contexto, las tesis del Fondo Monetario Internacional tendrían más credibilidad respecto a las medidas que más bien daban un peso al estado en la producción de la riqueza, y por ende se privilegió un sistema liberalizado que ponga por centro al mercado.

Sin embargo, se procedió a una “suspensión temporal y parcial de la legalidad existente”, que según Fujimori “no es la negación de la democracia real sino, por el contrario, es el punto inicial de la búsqueda de una auténtica transformación que asegure una democracia legítima y efectiva”¹¹¹. El contexto social que afrontaba Fujimori estaba caracterizado por la violencia generalizada, el terrorismo, era el enfrentamiento del Estado contra Sendero Luminoso, de corte maoísta.

Constitucional. Lo que no fue óbice para que su establecimiento y desarrollo se realizara a través de las crisis nacionales y, finalmente, la quiebra del orden constitucional, en 1992, que afirmaron el presidencialismo como una forma propia de la modernización autoritaria. Pero, por otro lado, se puede señalar, que las transformaciones democráticas, a partir del año 2000, ponen en evidencia también las posibilidades de la reconstrucción de una legitimidad democrática y del fortalecimiento del Estado constitucional del Perú; pero con problemas de liderazgo democrático en un régimen presidencialista como el nuestro».

¹⁰⁹ FUJIMORI, Alberto. Mensaje a la Nación del 5 de abril de 1992. Disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf>

¹¹⁰ *Ibídem*.

¹¹¹ *Ibídem*.

El despliegue de las consecuencias de la política normativa del 5 de abril principalmente, trató de no perder la orientación de dar más espacio al capital privado. Con ello orientó la “constitución económica”, en este sentido. Aunque, distinto el sentido de la Carta Constitucional de 1979, en la cual se aceptaba una conciliación de intereses sobre la marcha del mercado.

El presupuesto: para “activar” la economía de mercado, significó, en otras palabras eliminar la “sociedad del trabajo”, en específico retirar tanto el elenco de derechos laborales como su institucionalidad ya existente dentro de la sociedad peruana. Esto era “lo social” de la economía de mercado, que se había expandido a tal medida de socavar las mismas bases de la constitucionalidad establecida.

Dicha medida de eliminar “lo social” y conservar la “constitución económica” se manifestó en dos planos: Primero, creación de una nueva Carta constitucional (1993) que excluya los derechos laborales ya reconocidos en la Constitución de 1979; segundo: Eliminación de facto, desde el poder estatal de la organización sindical. Tercero: seguir evitando la progresividad y sistematización de derechos laborales, en otras palabras, evitar la existencia de un código del trabajo y de legislación especial garantista, asimismo una reorientación de la administración de justicia en el aspecto laboral.

El tipo de **constitución económica** al que se orienta el mensaje está definido en término de:

“g. Promover la economía de mercado dentro de un marco jurídico que dé seguridad y fomente la eficiencia y competitividad de los agentes económicos.”¹¹².

La defensa de la “constitución económica” se da un contexto de reinserción del país en el sistema financiero internacional. De referencia marco estaba el “consenso de Washington”. Consistió en un conjunto de recomendaciones para liberalizar la economía de la presencia estatal del Estado, principalmente en el mercado y, por ende, propiciar de un conjunto de reformas de la esfera pública como privada. El término fue asignado por John Williamson¹¹³. Aunque el fenómeno de privatización también se ha sentido en Italia, es en América Latina que se ha sentido con mayor énfasis¹¹⁴. El Consenso de Washington va servir de base para que organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y la Banca Mundial operen sobre la base de la creencia del mercado como sistema autoregulado, espontáneo y autoequilibrado¹¹⁵.

3.1.3. Orientaciones sobre la delegación de facultades por decretos en el Poder ejecutivo. A este fenómeno de crecimiento de la normativa excepcional denomina como

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ WILLIAMSON, John. A “*Short History of the Washington Consensus*”. Paper commissioned by Fundación CIDOB for a conference “From the Washington Consensus towards a new Global Governance,” Barcelona, September 24–25, 2004. Disponible en <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>

¹¹⁴ COCOZZA, Francesco. *Profili di diritto costituzionale applicato all’ economia*. Turín: Giappichelli, 199, vol. I, p.49.

¹¹⁵ CANTARO, Antonio. *Costituzione e ordine economico*, Bonnano Editore, Acireale: 1999, Roma, p.39.

“el fenómeno de la inflación normativa” en materia ambiental¹¹⁶. Dice asimismo, el fenómeno de la “*decretazione d’urgenza*” resulta en conjunto nada menos que sobredimensionado, se puede considerar que, en cierta medida, la producción normativa ambiental a través de la emanación de decretos ley haya encontrado una propia “natural” y más fisiológica dimensión¹¹⁷.

Si bien reconoce “el principio de libertad de las formas” dice que subsiste un “principio de legalidad” de las fuentes, así como el “principio de especialidad”, respecto a la regularización, en especial, en materia ambiental.

Asimismo, en dichos decretos, es común encontrarse esta sustentación: “la straordinaria necessita' e urgenza di emanare disposizioni per l'attuazione di interventi di bonifica”¹¹⁸

Vale aclarar, sin embargo que, el régimen presidencialista ya estaba orientado por la Constitución de 1979. Esta idea de Estado fuerte, no es concebible sin la atribución o delegación de facultades, y por ende concentración de facultades, de otros poderes, que en democracia deberían haber estado vigentes. Pero ya desde la constitución de 1979, luego del régimen de Morales Bermúdez, se avizoraba que el presidencialismo iba a hacer el portador de dicho poder centralizado, más fuerte que otros. En dicho contexto Domingo García Belaunde estaba a favor de dicho sentido¹¹⁹.

“Le preguntan a Belaunde: ¿el presidente debe contar con atribuciones constitucionales para disolver el parlamento? La respuesta es:

Este sistema de la disolución es propia de los regímenes parlamentarios de gobierno, como Italia e Inglaterra. Si lo que se piensa, como lo creo sinceramente, es afianzar el PODER Ejecutivo, entonces no debe permitirse la disolución del Parlamento por parte del Ejecutivo. Ni su correlato, que es la censura de los ministros por el Parlamento. Pero si uno entra, debe incorporarse otro”¹²⁰.

Asimismo, otras afirmaciones en la misma línea son las siguientes:

“El parlamentarismo, salvo en Inglaterra, está en decadencia. Nuestro sistema debe ser presidencialista, introduciendo los adecuados controles para evitar un desborde del Poder Ejecutivo.”¹²¹.

“Pienso por el contrario, que el Parlamento debe tener como función principal la de fiscalizar al Ejecutivo, sin que tenga ninguna interferencia ni decisión en materia de presupuesto.”¹²²

¹¹⁶ CANGELOSI, Gabriella. *Tutela dell’ambiente e territorialità dell’azione ambientale*. Giuffrè p.87.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.88.

¹¹⁸ Decreto del 5 de enero del 2015. Disponible en <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/1/5/15G00005/sg>

¹¹⁹ GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1era. edición, Lima, 1981, p. 111.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibid*, p.166.

¹²² *Ibid.*, p.92.

“Personalmente pienso que 6 años es demasiado, y me inclino por un periodo de 5 años, prohibiendo en forma absoluta toda reelección.”¹²³.

Importante también es haber fortalecido al Poder ejecutivo, realzando la figura del Presidente de la República y descartando la ambivalencia contenida en la Carta del 33 y su secuela: la teoría del Parlamento como primer poder del Estado (tesis que como se sabe, en doctrina nadie sostiene).¹²⁴

¿Cuáles son los aciertos de la nueva constitución?

La relación entre el Poder ejecutivo y el Legislativo (incluyendo el veto presidencial, antes inexistente. Todo esto es verdaderamente importante¹²⁵.

A la conclusión que queremos llegar es que el presidencialismo, como hoy lo conocemos se diseñó a partir de la Constitución de 1979, pero luego a través de la Constitución de 1993 se reforzó.

En regímenes ya, donde se elige democráticamente a los presidentes de la república, el Estado fuerte se mantiene, por medio del poder presidencial mediante la activación de mecanismos normativos excepcionales para finalidades de expandir aquello que la Constitución de 1993 aún llama la “economía social de mercado”¹²⁶ pero se refiere más en sí a la economía de mercado.

En tiempos que toma vigencia el concepto de crisis es mucho más recurrente citar a los decretos leyes, decretos de urgencia, la normativa excepcional emanada por el presidente de la república para no usar los mecanismos democráticos y más bien dar, o hacerse de, facultades especiales el poder ejecutivo para su actuación eficaz¹²⁷. Sobre la realidad española, por ejemplo dice:

“el presupuesto habilitante del decreto-ley ofrece cobertura no solo a situaciones consideradas urgentes desde una perspectiva objetiva (el ejemplo paradigmático de las catástrofes naturales), sino también y sobre todo a todos aquellos supuestos que merecen tal consideración desde la perspectiva subjetiva y puramente contingente del Gobierno.²⁷ De esta forma, la distinción entre lo necesario y lo simplemente conveniente deviene irrelevante.²⁸”¹²⁸

Asimismo, en un análisis de Juan Carlos Ruiz sobre la experiencia española, dice “el Tribunal Constitucional español refiere que: “es competencia de los órganos políticos

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibid.*, p.165.

¹²⁵ *Ibidem*., p.165.

¹²⁶ TORNERO CRUZATT, Yuri. *Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidensialismo forte ed espansione dell' economia sociale di mercato*. En *Dallo Stato del Bienestar allo Stato di Buen Vivir*, a cargo de Silvia Bagni, Boloña: Edit., Filodiritto, 2013, p.79-102.

¹²⁷ CARMONA CONTRERAS Ana M.. *El decreto-ley en tiempos de crisis*. Revista Catalana de Droit Public. N° 47, 2013, pp. 1-20. Disponible en www.rcdp.cat.

¹²⁸ *Ibidem*.

determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma (STC N° 29/1982, F.J. N° 3)”¹²⁹.

Por ejemplo, es similar el caso en Italia que mediante decretos emanados por el presidente de la república afecten derechos ambientales, y con ello se produce “el problema de la ruptura del sistema de las fuentes realizada por la praxis de reiteración de los decretos leyes que de un lado, han permitido proveer con una cierta celeridad a las consecuencias PRECLUSIVE de la sentencia de la Corte Constitucional, de otro lado, han ofrecido al legislador un ulterior instrumento normativo para eludir completamente la exigencia de racionalidad, organicidad y coherencia en la producción normativa de tipo primario, y asimismo han producido incertidumbre respecto a los actos y relaciones jurídicas realizados durante la vigencia de diversos segmentos de “cadenas” de decretos leyes emanados en los años precedente a la sentencia”¹³⁰.

En el Perú, el marco constitucional que permite la emisión dichos decretos el “artículo 118º.- Corresponde al Presidente de la República: (...) 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

Sobre los decretos de urgencia desarrolla el aspecto teórico Juan Carlos Ruiz Molleda¹³¹, en dicho análisis recoge los criterios desarrollados a su vez por el tribunal Constitucional recaídos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI¹³². En dicha sentencia se define en resumen los siguientes requisitos formales:

“ a) Debe contar con la firma del Presidente de la República y refrendo del Presidente del Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 123º inciso 3 de la Constitución.

b) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso del decreto emitido, de conformidad con el artículo 118º inciso 19 de la Constitución, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el artículo 91º del Reglamento del Congreso.

c) Debe estar fundamentado por el Poder Ejecutivo de manera expresa y escrita. Explicar los fundamentos de la expedición de los decretos de urgencia supone algo más que la simple invocación de las normas pertinentes, implica explicar y justificar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que la Constitución exige. No basta con decir que es una situación urgente y extraordinaria sino que se deben exponer las razones por las cuales tal situación es en efecto urgente y extraordinaria”.

¹²⁹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Naturaleza, finalidad y requisitos para expedir Decretos de Urgencia*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1660>

¹³⁰ CANGELOSI, Gabriella. *Tutela dell'ambiente e territorialità dell'azione ambientale*. Milán, Giuffrè p.87.

¹³¹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Naturaleza, finalidad y requisitos..Op. cit., p. 1.*

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI

Mientras de otro lado existirían los requisitos sustanciales. Siempre, en referencia de la citada sentencia.

- a) Materia económica y financiera.
- b) Excepcionalidad e imprevisibilidad.
- c) Necesidad:
- e) Generalidad e interés nacional.
- f) Conexidad

Asimismo, existiría dos controles, de un lado, el control parlamentario, el cual asegura “asegura la representatividad y el pluralismo político”¹³³ en el cual principalmente reside la representatividad, y gran parte de las facultades otorgadas excepcionalmente al Poder Ejecutivo, y de otro lado, el control jurisdiccional sobre la base del “juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación”¹³⁴.

Normativa excepcional del presidente que afectaron los derechos de los pueblos indígenas

La normativa internacional al haber ingresado al derecho interno se convierte en dicho social, el derecho a la consulta previa, se convierte ergo en “lo social”. Y ejerce sobre las instituciones una serie de reformas como producto de los derechos de pueblos indígenas puestos en acción.

3.2. Decretos Legislativos que crearon conflictividad social en materia de derecho de los pueblos indígenas.

3.2.1. Decretos legislativos en el contexto de la implementación del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Presentamos el caso de Decretos Legislativos expedidos durante el segundo gobierno de Alan García. Dichos decretos legislativos, fueron dados por facultades delegadas por el Congreso, con el debido procedimiento, pero versaron sobre indistintas materias. Al no pasar por el parlamento, ni por otros filtros de aprobación estuvieron al margen de los mecanismos democráticos y presentaron conflictividad frente a los derechos de los pueblos indígenas. Luego, algunos serían declarados inconstitucionales, otros no. Se dieron en el contexto de la implementación del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos:

Decretos Legislativos. Durante el gobierno de Alan García se dictaron, entre otros, decretos legislativos dentro del marco de facultades otorgadas por el Congreso al Poder

¹³³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Naturaleza, finalidad y requisitos..Op. Cit., p. 1.*

¹³⁴ *Ibídem.*

Ejecutivo, recaído en el Presidente. Mediante Ley N° 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversa materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, otorgando un plazo perentorio de 180 días para ejercer la facultad¹³⁵.

“...Dentro de ese marco facultativo, las materias dentro de las cuales tendría que sujetarse el ejercicio de la facultad delegada son las siguientes, conforme el artículo 2.1 de la Ley:

1. Facilitación del comercio.
2. Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;
3. Mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa, para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial;
4. Promoción de la inversión privada
5. Impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;
6. Promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas;
7. Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y
8. Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria

El artículo 2.2. de la Ley 29157 reitera la necesidad de la restricción del ejercicio de las facultades delegadas, sobre los temas señalados:

2.2. El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y de su protocolo de enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades, se citan en el artículo 1.”

Estos decretos, entre otros, fueron: 1) Decreto Legislativo 1090 sobre Ley Forestal 2) Dec. Leg 994 que promueve la inversión privada en Proyectos de Irrigación para la Ampliación de la Frontera Agrícola. Publicado el 13 de marzo de 2008. Modificado por el Decreto Legislativo N° 1064 3) Dec. Leg 1015 que unifica los procedimientos de la comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria. 4) Dec. Leg 1064 que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario. Publicado el 28 de junio de 2008. 5) Dec. Leg 1073 que modifica el literal b) del artículo 10º de la Ley 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio

¹³⁵ Perú: Congreso deroga Decreto Legislativo 1090 sobre Ley Forestal. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/11699>

nacional y las Comunidades Campesinas y Nativas, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1015. 6) Dec. Leg 1079 que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas. 7) Dec. Leg 1081, que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos 8) Dec. Leg 1089 que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. 9) DL 1020. Decreto Legislativo para la promoción de la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario 2007.

El Informe Alternativo del Año 2009¹³⁶, recoge los sucesos del 2008, año en el cual las organizaciones indígenas denunciaron que varios de este conjunto de Decretos Legislativos aprobados en el marco de las facultades delegadas para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos o Tratado de Libre Comercio (TLC) eran contrarios a los derechos indígenas. Si bien mucho de estos fueron derogados, no fue por la misma voluntad presidencial, sino que, influyó mucho la demanda de los pueblos indígenas para dicha derogatoria.

Se trata que aquí se evidenció de un lado, el exceso de normativa facultativa, y con ello una gama de materia excesivamente desarrolladas por la normativa excepcional que facultó el Congreso, y de otro lado, la vulneración en especial, por el Decreto 1090, denominado Ley de la selva, de los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto de estos de Decretos, el Informe Alternativo de las Organizaciones indígenas del año 2009 decía lo siguiente: “Luego de la aprobación de los Decretos Legislativos destinados a la implementación del Acuerdo Comercial con los EE.UU, se ha comprobado que este discurso brindaba una justificación conceptual a la promoción de la disolución de las comunidades y la intervención directa sobre los territorios indígenas. Se ha optado – sin éxito- por la desvalorización económica, social y cultural de los pueblos indígenas ante la opinión pública”¹³⁷.

Para desarrollar este tema se puede ver al respecto que, Justicia Viva tiene una publicación que trata sobre dicho tema¹³⁸.

¹³⁶ OIT, *Informe Alternativo del Año 2009*. Lima, 2009. Disponible en http://servindi.org/pdf/informe_alternativo_2009_final.pdf “Cabe indicar que el año 2008 las organizaciones indígenas denunciaron que varios Decretos Legislativos aprobados en el marco de las facultades delegadas para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos o Tratado de Libre Comercio (TLC) eran contrarios a los derechos indígenas: Los Decretos Legislativos 1015 y 1073, relativos a la flexibilización en la disposición (gravamen y transferencia) de las tierras de comunidades indígenas. El Decreto Legislativo 1064 que recortaba derechos sobre la propiedad indígena para favorecer el comercio de tierras. Este decreto estaba ligado con el decreto Legislativo 1090, nueva ley forestal que permitía el cambio de uso de la tierras y recursos forestales para su uso agrario y posible adjudicación. El Decreto Legislativo 1089 que brinda amplias facultades al Organismo de formalización de la Propiedad Informal-COfOPRI para revisar y reformar la tenencia y propiedad rural”.

¹³⁷ OIT, *Informe alternativo 2009*, *Op. Cit.*, p.19.

¹³⁸ BLUME ROCHA, Aldo. Los decretos de urgencia de Alan García: el abuso y la usurpación de la facultad normativa por parte del poder ejecutivo. Balance jurídico-constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez Documento de

3.2.2. Decretos de urgencia emanados a causa de la “crisis financiera internacional”.

Es interesante analizar la declaratoria de inconstitucionalidad de ciertos decretos de urgencia por parte del Tribunal constitucional peruano¹³⁹. Por ejemplo, en nombre de la “Necesidad Nacional” el Poder Ejecutivo emanó los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011. El objeto de dichos decretos era “para facilitar la promoción de la inversión privada en determinados proyectos de inversión, asociaciones público privadas y concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, por parte del Gobierno Nacional. Dichas disposiciones extraordinarias comprenden únicamente los proyectos de inversión referidos”

Es interesante aquí analizar cómo el Ejecutivo se defiende a partir de que, justifica la normativa excepcional a partir de la “crisis financiera” del año 2008, y que ya había expedido el Decreto de Urgencia N° 047-2008, el cual “ha demostrado ser un mecanismo dinamizador de la economía nacional por el alto impacto de tales proyectos en la generación de empleo y en la competitividad del país”¹⁴⁰.

Replica el TC al respecto y dice: “Es decir, según el emplazado la crisis financiera internacional del año 2008 justifica que se continúe con el dictado de medidas de facilitación de la inversión privada en determinados proyectos, indicados en el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 001-2011 (modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2011), debido al mecanismo dinamizador de la economía que éstos pueden significar. Corresponde, entonces, comprobar si estos argumentos justifican el recurso a una norma excepcional como el decreto de urgencia”¹⁴¹.

Asimismo, el TC evidencia una contradicción interna, una falta de coherencia argumentativa entre “crisis financiera internacional” y una genérica “incertidumbre sobre la evolución de la economía mundial”. Asimismo, que del plano de “riesgo” se pasa a un escenario de “baja probabilidad”:

Abona a este criterio el hecho de que, el propio Poder Ejecutivo en el Decreto de Urgencia N° 001-2011 (tercer párrafo de su parte considerativa) ya ni siquiera hace referencia a la “crisis financiera internacional”, como lo hacía en los antecedentes Decretos de Urgencia N°s. 047-2008 y 121-200, sino a una genérica “incertidumbre sobre la evolución de la economía mundial”, relativizando además el posible riesgo para la actividad económica nacional, pues señala expresamente que esto es un escenario de “baja probabilidad”, todo lo cual no justifica recurrir a

Trabajo N° 54 14 de septiembre del 2011. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc14092011-140008.pdf

¹³⁹ El Peruano -Normas Legales. Declaran inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011 EXPEDIENTE N° 00004-2011-PI/TC <http://www.munizlaw.com/normas/2011/Setiembre/30-09-11/Sentencia%20Exp.%20N%C2%BA%2000004-2011-PI-TC.pdf>

¹⁴⁰ Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 00004-2011-PI/TC Declaran inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011.

¹⁴¹ *Ibidem*.

un mecanismo como el decreto de urgencia, reservado para enfrentar situaciones excepcionales (por extraordinarias e imprevisibles).

Antes de la emisión de dicha sentencia, Juan Carlos Ruiz criticaba dichos decretos, y al respecto decía que no sólo “estos decretos de urgencia afectan derechos fundamentales que son límites a la facultad legislativa del Congreso”, sino que con ellos “se viola el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.22 de la Constitución), pues las certificaciones ambientales ya no serán requeridas al momento de solicitar las autorizaciones administrativas (art. 5.3.a del DU N° 001-2011) si no antes del inicio de la ejecución de la obra”. Asimismo que, estos decretos establecen de forma tácita que no habrá derecho a la consulta previa cuando estas obras se realicen en territorios indígenas”¹⁴².

3.2.3. Reflexiones sobre la normativa excepcional finales.

La “normativa excepcional” era comprendida como un “premio al poder constituido” y más bien, al poner en evidencia cómo en nombre ella se ha llegado a la arbitrariedad, por el contrario, se ha debilitado su aspecto irracional; gracias asimismo al rol del formante jurisprudencial, que en alguna medida si, su racionalidad ha influenciado para que dicho arbitrio sea reducido.

Sin embargo, como lo explicaremos más adelante, el formante jurisprudencial también sigue las mismas tesis, pero no así goza del mismo prestigio institucional, por ende, tiene un poco más oportunidad para resolver causas con mayor justicia. Aunque en el ámbito de las máximas que se describen.

3.3. Tentativas de trasplante del derecho de consulta previa. Comentario a La ley y reglamento de consulta previa.

El tema precedente sirve para exponer el contexto poco propicio para el reconocimiento de la ley de consulta previa, por parte del formante legal, en especial del Poder Ejecutivo el cual realizaba decisiones centralizadas para expandir la economía de mercado. Como hemos evidenciado, posteriores sentencias del tribunal Constitucional tratan de limitar dicho poder. El control jurisdiccional y el control parlamentario tratan de reactivarse, a pesar de la pre existencia de dicho Estado fuerte basado en un *decisionismo* soberano que premiaba al poder constituido desde el presidencialismo.

El tema del “baguazo” puso en evidencia que el *decisionismo*, por medio de la acción presidencial que combina uso de la fuerza pública y decisión soberana, no podía ser usado como antes, que los organismos internacionales eran supervisores de los derechos de los pueblos indígenas. En este caso la muerte de personas y también policías creó única crítica de diversos sectores al gobierno de turno. Y llevó incluso la problemática a Ginebra donde se criticó al Estado los “sucesos de Bagua”. Anteriormente, asimismo había llegado al Perú el Relator de Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas James Anaya.

¹⁴² RUIZ MOREYRA, Juan Carlos. Por qué los decretos de urgencia que impiden estudios de impacto ambiental a megaproyectos son inconstitucionales.27 -01- 2011 Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=460>

Abandonando dicho modelo de *decisionismo* estatal se introducen los conceptos de pluralismo jurídico (*legal pluralism*). Esta doctrina ya criticaba el “monismo legal” basado en las tesis positivistas de Kelsen, y más bien criticaba dicha centralidad del Estado, y proponía el “pluralismo jurídico”.

A este punto, el Estado no decide convertir autoaplicativamente el Convenio 169 en ley, sino más bien optan las diversas fuerzas políticas promulgar una ley de consulta previa. Es decir, en dicho acto la instancia política interna forma, conforma, una orientación política normativa de alcance nacional de tipo normativo positivo. Es aquí que evidenciamos un formante legal.

Volvemos entonces a la pregunta que se hace Bartolomé Clavero, que ya habíamos citado en un inicio, a manera de presentación:

“La cuestión inmediata entonces es la de si la República del Perú lo acepta o se resiste [a los estándares internacionales citados al trasplante]. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es un importante signo de aceptación”¹⁴³.

Un razonamiento afín lo hemos realizado en nuestra publicación del 2013, que es repetición de lo dicho en la tesis para optar el título de abogado del 2009¹⁴⁴:

“Para el caso peruano, de conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de 1993¹³⁷, el art. 55, 56 inc. 1, el tratado en mención forma parte del Bloque de Constitucionalidad, su interpretación es parte de los derechos y las libertades contenidas en el Art. 2, al art. 3 de la Constitución, no tenerlos en cuenta a la hora de interpretarlos u omitirlos sería adoptar una postura restrictiva y limitativa de los derechos humanos, contrario a lo que se debe aplicar en carácter de libertades constitucionales. Aquí se debe resaltar el principio de interpretación “pro homini”.

[...]

“Según criterios de jerarquía, el Convenio 169 está por encima de cualquier norma legal: según el Art. 51 de la Constitución Vigente, establece las jerarquías entre normas: Seguida la Constitución, vienen las normas legales. Al ser un tratado internacional una extensión de los derechos fundamentales contenidos en el Art. 2 de la constitución, y formar parte del Bloque de Constitucionalidad, su jerarquía es superior a cualquier norma legal. Cuando México consulta al Comité de Expertos de la OIT sobre la jerarquía del Convenio 169 este comité responde que los Estados parte deben derogar sus normas internas contrarias al Convenio¹⁴⁰”¹⁴⁵.

Asimismo Vladimir Pinto dice:

¹⁴³ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, Op. Cit., p.4.*

¹⁴⁴ TORNERO CRUZATT, Yuri. *Derecho a la consulta previa: un bosquejo para.* Ob. Cit., p. 131.

¹⁴⁵ *Ibídem.*

“En el artículo 3º de la Constitución, se crea un esquema general de protección de derechos aunque no estén expresamente incluidos en su texto, siempre que se fundamenten en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo o el estado de derecho. Esto permite que los avances doctrinarios, convencionales y jurisprudenciales relativos a los derechos humanos sean incluidos como parte del “bloque de constitucionalidad” peruano, es decir con la misma jerarquía que nuestra constitución. Además de este articulado genérico, la Constitución presenta en su Cuarta Disposición Final y Transitoria la siguiente fórmula: “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (subrayado nuestro). Concordante con ello, el Artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, expresamente señala que la jurisprudencia de fueros internacionales hace parte de este bloque de constitucionalidad: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”¹⁴⁶.

A partir de una lectura tanto de incorporación de derecho positivo de una norma internacional hacia el ordenamiento jurídico interno, o también de la tesis de la norma internacional de derechos humanos hacia su pertinencia al bloque de constitucionalidad, estaríamos ante la tesis de la “autoaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT”¹⁴⁷. En efecto, adelantándonos. En sus inicios, citando lo referido anteriormente, dicha tesis sostenía que no era necesario la existencia de un reglamento de consulta previa porque el convenio era autoaplicable.

Sin embargo, tesis de la “autoaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT” va cobrando resistencia en el derecho interno. En efecto, la conformación de dicha instancia normativa, la ley de consulta previa, ya es un indicador de la presencia de un formante legal que opera a nivel de derecho interno. A partir de ella van a surgir discusiones autónomas, una problemática vigente por ejemplo de quiénes son y quienes no son pueblos indígenas en base, primero a una base de datos que determinaba según las organizaciones indígenas criterios adicionales¹⁴⁸. En dicha determinación a partir de la ley estaría en discusión el

¹⁴⁶ PINTO, Vladimir. *El derecho a la consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas en el Perú*. En *Servindi*, Lima, nov. 2009. Disponible en http://servindi.org/pdf/Derecho_Consulta_Pinto.pdf

¹⁴⁷ *Ibídem*.

¹⁴⁸ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas Una mirada constitucional*. Lima, octubre de 2011. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12474/13036> “1.2. Una base de datos para determinar quién es indígena. La situación se ha complejizado con la aprobación de la directiva que regula la base de datos oficial sobre pueblos indígenas, en mayo pasado, mediante resolución del Ministerio de Cultura⁴¹. En ella se estarían estableciendo criterios adicionales para la determinación de quién es indígena en el país. De manera específica, se menciona a la lengua y al territorio como criterios objetivos clave, mientras que el resto de su

ámbito de aplicación de la misma, pero además, el nivel de afectación de la modernidad. Asimismo, a su interior, hay una discusión entre denominar “andinos” y “amazónicos” para decir en trasfondo la influencia de la modernidad y de criterios distintos a los históricos ancestrales para determinar políticas identitarias culturales o más bien estar dentro de cánones generales igualitarios.

El Tribunal constitucional se encargaría de modular dicha resistencia a los estándares internacionales. Asimismo, el Tribunal habría contribuido a crear un formante legal, distinto del internacional. Más específico se ve en la aclaratoria de EXP. N.º 06316-2008-PA/TC (Resolución aclaratoria):

“ 7. Que si bien este Tribunal explicó que el Convenio 169 fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995, es cierto que su vigencia social ha sido sumamente limitada. Por el contrario, en términos de validez, este Tribunal ha resaltado y consolidado dicha calidad respecto al Convenio 169. No obstante, y de otro lado, en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo normativo apropiado, lo que como se ha anotado generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle que pacifique la actual coyuntura. Así, sin bien el Convenio 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso o del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado

contenido evidencia la ausencia de una entrada interdisciplinaria especializada para el análisis de la diferencia cultural.

Señaló previamente Javier La Rosa que: “lo primero que habría que considerar es la validez jurídica de lo que se establece en la Base de Datos, para lo cual tendría que examinarse la consistencia de lo establecido en el numeral VII referido a “acciones de identificación de pueblos indígenas” con lo que se señala en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en la Base de Datos se menciona que se están considerando los criterios objetivos y subjetivos que establece dicho tratado internacional. Además, se desarrolla que los criterios objetivos aluden a continuidad histórica; a conexión territorial, entendida como la ocupación de una zona del país por los ancestros de las poblaciones referidas; a instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conservadas total o parcialmente. Más adelante se dice que el criterio subjetivo está referido a la autoidentificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional. Hasta aquí se aprecia una repetición de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT o en la Guía sobre dicho texto. El aspecto crítico está más adelante cuando en el numeral 7.1.5 se señala que la Base de Datos tendrá dos elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena: 1º la lengua indígena y 2º tierras comunales de los pueblos indígenas, debiendo concurrir ambos para evidenciar que existe continuidad histórica desde los momentos anteriores al establecimiento del Estado. Por ende, si no concurren ambos”.

acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta”¹⁴⁹.

Dicha aclaratoria pone en cuestión que la fecha de vigencia del citado convenio sea una vez que éste sea ratificado y más bien orienta la interpretación de dicha entrada de vigencia. Sugiere como hito la sentencia 0022-2009-PI, “8. Que la STC 0022-2009-PI, el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, el hito marcado por el Tribunal debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta.”

Sobre este punto por ejemplo ha objetado Juan Carlos Ruiz: “Otro punto cuestionable es el hecho de blindar los actos administrativos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en el año 1995 que no fueron consultados, invocando la afectación de la buena fe y de la seguridad jurídica. Esta actitud resulta incoherente luego que el propio TC señaló que eran inconstitucionales las normas y los actos administrativos no consultados. Esta actitud contrasta con la Corte Constitucional de Colombia, la cual sí ha suspendido actos administrativos inconsultos, ordenando la inmediata consulta con las comunidades indígenas. Asimismo, pese a que el TC precisa que se recurrirá a la ponderación para solucionar los conflictos entre los pueblos indígenas y las industrias extractivas, en la realidad nunca pondera. Esto resulta grave pues al no motivarse adecuadamente compromete la legitimidad de una decisión”¹⁵⁰.

Esta disociación entre la regla declamatoria y la operacional en el formante legal, en nuestros términos lo dicho, es explicado por Juan Carlos Ruíz, en sentido de detallar otras posiciones disidentes a la interpretación de derecho positivo expuesta. Al respecto se puede revisar el texto de Juan Carlos Ruiz el cual expone las otras posiciones¹⁵¹ :

Posición del Ministerio de Energía y Minas. Las Comunidades Campesinas y Nativas no pueden exigir el Derecho a la Consulta mientras no se desarrolle legislativa y reglamentariamente el Derecho a la Consulta previa.

La posición de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Gobierno. Las comunidades costeñas y de la sierra no son pueblos indígenas.

La posición del Tribunal Constitucional. La consulta previa solo es exigible desde junio del año 2010.

El intento de hacer pasar «talleres informativos» por Consulta Previa¹⁰.

¹⁴⁹ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 06316-2008-PA/TC (Resolución aclaratoria) Lima, 24 de agosto de 2010.

¹⁵⁰ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? 01-09-201* . Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

¹⁵¹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12474/13036>

La posición del Congreso de la República en la Ley de Consulta Previa. La consulta solo es exigible luego de la publicación de Ley de Consulta.

La posición del Congreso. Los nuevos requisitos exigidos por el artículo 7° de la Ley de Consulta para ser considerado pueblo indígena.

La posición del Ministerio de Cultura en el Reglamento de la Ley de Consulta. Solo se aplica la consulta a los actos posteriores a la entrada en vigencia de este reglamento.

La base de datos del Ministerio de Cultura intenta excluir «otra vez» a las comunidades campesinas de la consulta previa y del Convenio 169 de la OIT.

El acuerdo previo como mecanismo para evitar los procesos de consulta previa¹⁷.

La posición del Viceministerio de Interculturalidad (VMI): solo se consulta las medidas que aún no han sido aprobadas³.

Seguido, expresa su posición sobre el tema en discusión: “Nuestra posición sobre la validez de los actos administrativos inconsultos: ¿qué hacer con las concesiones mineras y petroleras no consultadas?³⁵ En ese sentido, proponemos una tesis del plazo para la adecuación de las concesiones al Convenio 169 de la OIT”. Tesis de la validez de las concesiones. a tesis de la nulidad de las concesiones... tesis de la suspensión de las concesiones¹⁵². Con dichas tesis se evidencia que estamos en un posible proceso de mutación del contenido de la norma internacional¹⁵³.

Empezamos a explicar con un recuento de la aprobación de la Ley de Consulta Previa. El Congreso de la República llega a aprobar dicha ley, sin embargo el presidente Alan García no la promulga. La Ley recién se va promulgar con el nuevo gobierno de Ollanta Humana¹⁵⁴. La denominación es la siguiente Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta

¹⁵² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla*. En *Derecho & sociedad*, p.179.

¹⁵³ SOMMA, Alesandro. *Introdizione al diritto comparato. Op. Cit.*, p.175. “La transición de un significado a otro conoce fases en el cual, el segundo, cuando aún no prevalece o no viene eventualmente advertido como autoevidente conviene con el primero”.

¹⁵⁴ Instituto de Defensa Legal. *Sistema de justicia y derechos de pueblos indígenas en el Perú Balance del año 2012*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2012, p. 56. “A fines del 2011, diversas voces de las organizaciones indígenas y la sociedad civil en general, realizaron una serie de análisis y críticas respecto a aquellos hechos que durante dicho año, representaban lo más resaltante en lo concerniente a la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Nos referimos a la promulgación de la Ley de consulta previa, en el mes de setiembre y a la publicación de un borrador de su reglamento dos meses más tarde. Estas críticas(en muchos casos ciertamente anteceditas por el saludo generalizado a la aprobación de la ley, pero a la vez lapidarias para ambos documentos) se enfocaron principalmente en ciertos artículos de la norma, considerados inconstitucionales³⁵ y en la calificación del borrador de reglamento como insuficiente para representar un punto de partida válido para el debate. Asimismo, se mostró profunda preocupación por la precariedad institucional en materia de pueblos indígenas en que estas normas encontraban al país³⁶”.[...] Es en ese sentido que el año de 2012

previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT) del 31 de agosto del 2011.

El presidencialismo como mecanismo legitimado se deterioró frente a otras formas que van cobrando legitimidad, debido a que estas últimas proponen activar la democracia a nivel de los afectados. En este sentido cobra consenso una propuesta que en un primer grado sólo podría ser restrictiva a los interesados, y por el contrario se hace extensiva a causa de la búsqueda de la igualdad, en el sentido de que todos sean beneficiados.

En otro texto, el citado autor menciona sobre esta misma problemática sobre la “validez jurídica de las concesiones mineras y petroleras no consultadas”, y hace el siguiente razonamiento, identificando cuatro opciones: “Partiendo de la premisa que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional (00022- 2009-PI/TC, f.j. 10) y que con o sin desarrollo normativo y reglamentario es vinculante y exigible desde el año 1995 (00022-2009-PI/TC, f.j. 12), podemos identificar cuatro posiciones”¹⁵⁵.

La primera tesis, afirma es la de “la validez de las concesiones”, “asumida por el Gobierno y por el TC en su momento”. La cual “sostiene que todas las concesiones anteriores a la aprobación y publicación son válidas y que el derecho a la consulta en realidad se debe aplicar para las concesiones futuras”. Asimismo detalla el sustento de esta posición: “Esta posición está en la sentencia 06316-2008-AA (f.j. 27) y en su resolución aclaratoria (f.j. 7), en el D.S. N° 023-2011-EM (1ra DT) y en la Ley N° 29785 (2da DCF)”. Explica asimismo, el defencto de esta tesis: “Para ellos, no debería de aplicarse el Convenio 169 de la OIT pues no hay ley y reglamento y además porque pues se afectaría la buena fe o la “confianza” de las empresas. El problema con esta tesis es que no tiene fundamento constitucional, pues el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995, y la vigencia de los derechos no está subordinada a su desarrollo legislativo y reglamentario”¹⁵⁶.

La segunda es la “tesis de la nulidad de las concesiones”¹⁵⁷. En base al “3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, según el cual son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas” debido a que “El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente”, en base al “artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444)” y sobre el

se vislumbraba como un año preocupante por la situación descrita, pero también como una oportunidad para la rectificación de errores y la implementación de cambios estructurales en el Estado, que permitan cimentar el punto de partida hacia el camino de la democracia intercultural, que es en buena cuenta el objetivo planteado por el Convenio 169 de la OIT cuando señala que debe buscarse eliminar la orientación hacia la asimilación. Y es que es en el derecho a la consulta previa, como herramienta que *transversaliza* los demás derechos”

¹⁵⁵ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

¹⁵⁶ *Ibídem*.

¹⁵⁷ *Ibídem*.

hecho de “la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución). La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT245-, no solo es la norma de mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (00047-2004-AI/TC, f.j. 9)”¹⁵⁸. Explica que, respecto a la interpretación de derecho positivo explicada, la consecuencia de “si se aplicara a todas las concesiones expedidas desde el año 1995, todas estas serían nulas, generando una grave e intolerable afectación a la seguridad jurídica, la cual es un bien jurídico constitucional que debe también ser protegido”¹⁵⁹.

Estas dos primeras serían posiciones extremas, habría dos salidas intermedias:

La primera de estas dos es “La tesis de la suspensión” la cual “es la que ha asumido por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ante actos administrativos no consultados relacionados con actividades extractivas u obras de infraestructura pública246”¹⁶⁰. Por dicha tesis “No se declaran nulas las concesiones inconsultas, sino que se suspende sus efectos hasta que se consulte”. Una tesis que tiene asidero en el sistema internacional informante: “la propuso el Comité de Expertos de la OIT del año 2010247 e incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Saramaka vs. Suriname (párrafo 196.a)”¹⁶¹.

Y “la tesis del plazo para la adecuación”. Asimismo, reconoce problemas a dicha tesis: “la suspensión generalizada de todas las concesiones [...] generaría en caos jurídico y una intolerable afectación del principio de seguridad jurídica, que podría no solo generar una ola de demandas contra el Estado, sino poner en peligro la política energética del país, el normal funcionamiento del país y en definitiva la gobernabilidad del país, lo cual no busca la consulta previa”¹⁶².

La última tesis y la que se adhiere es la “adecuación”, es decir “una tesis del plazo para la adecuación de las concesiones al Convenio 169 de la OIT”. Se trataría de una “ponderación” que “debería de conducirnos a una fórmula intermedia” donde “los dos mencionados bienes jurídicos sean protegidos”. Para ello: “debe hacerse una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la consulta previa de rango constitucional y debe buscarse optimizar ambos bienes jurídicos”¹⁶³. El referente sería la entrada de vigencia del Convenio 169 de la OIT. Y a partir de dicho referente, “se otorga al Ejecutivo un plazo razonable para realizar la consulta de las decisiones administrativas o normativas”, posteriores a “la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y anteriores a la publicación de la ley de consulta”. Tal medida, explica tendría por consecuencia: “En caso que no se haya realizado la consulta en el plazo concedido, las concesiones deberán ser suspendidas por un plazo y de persistirse la negativa, declaradas nulas”. Asimismo, que si fuera necesario, recurrir a procesos de amparo: “¿Qué hacer con las concesiones inconsultas de los años anteriores? Se debe requerir al ente público que ha tomado la decisión inconsulta, a que realice el proceso de consulta.

¹⁵⁸ *Ibídem*

¹⁵⁹ *Ibídem*

¹⁶⁰ *Ibídem*

¹⁶¹ *Ibídem*

¹⁶² *Ibídem*

¹⁶³ *Ibídem*

En caso que este se resista, se debe recurrir a un proceso de amparo.” Donde el hecho lesivo es omisivo: “el hecho lesivo que se deberá cuestionar no debería ser la concesión, sino la omisión del Estado de realizar el proceso de consulta”. Entonces explica, según “el artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista” ¹⁶⁴.

La armonización propone se realizaría según el siguiente razonamiento “deben ser ponderados y armonizados los derechos en conflicto en cada caso en concreto” ¹⁶⁵. Justamente, esta conclusión, nos va servir para entender que la discrecionalidad, gracias a la ponderación se va mudar de sede, en vez de ser la reserva soberana, es decir la última decisión por parte del ejecutivo, con la ponderación la discrecionalidad recaería en el formante jurisprudencial. Y siguiendo los criterios jurisprudenciales sería una vía bastante cercana el interpretar el “contenido sustancial” “constitucionalmente protegido” de la consulta previa junto con los criterios armonizadores del “bien común” y de “cooperación” desarrollados por el ordoliberalismo.

A nuestro entender, tras la “ponderación” podría estar la construcción de la “tercera vía”, bajo los lineamientos ya anteriormente descritos, así como de los que en el capítulo próximo siguen. Esta misma ponderación sigue siendo un reclamo a “el equilibrio entre el liberalismo económico y el bien común” que ya se encuentra desarrollada en las Encíclicas que informan al Tribunal en otras sentencias, analizadas en el capítulo que sigue, *Rerum Novarum* y *Mater et Magister*.

En síntesis, el formante legal ha sido capaz, principalmente de expandir la economía de mercado hasta el límite establecido en última instancia por el Tribunal Constitucional y por los organismos internacionales, quienes incluso van más allá del enunciado normativo positivo. Desde dicho formante legal ha carecido la racionalidad y más se ha preocupado por la eficacia de las normas que permitan dicha expansión del modelo económico.

La ley y reglamento de consulta previa se introducen como símbolos de congruencia de dicha aceptación de lo social, y se entra en un panorama ya más de detalle respecto de la implementación o no de dichos derechos.

Los mecanismos democráticos van más allá que el sujeto de referencia, pueblos indígenas y empiezan a involucrar a los actores afectados por la medida de realización de actividad extractiva principalmente, y por ello los primeros en responder son aquellos que en materia ambiental se sienten afectados. Un claro ejemplo es el caso Conga que de ser una materia que involucraba a comunidades que estaba en la cercanía de las cabeceras de cuenca, pasan a ser más bien, una demanda a nivel regional de no extracción del recurso minero ¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibídem*

¹⁶⁵ *Ibídem*

¹⁶⁶ TORNERO CRUZATT, Yuri. *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*. Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Bilbao, 2014, N° 12, p. 137-160.

Capítulo IV: Disociación entre formante jurisprudencial y formante legal: Racionalidad y eficacia instrumental.

INDICE DEL CAPÍTULO 4.

4.1. Racionalidad de “lo social” en el formante jurisprudencial: subsidiariedad, cooperación y contenido constitucional del derecho a la consulta previa.

4.1.1. El principio de subsidiariedad y “lo social” de la economía de mercado.

4.1.2. La “Cooperación” y “bien común”: El “humanismo económico”, la función social, *esenzialtheory*.

4.1.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa

4.2. Instrumentalidad en el formante legal: *ordoliberalismo* y Ropke y las tesis democristianas.

4.2.1. Instrumentalidad de los derechos en contexto del *ordoliberalismo*.

4.2.2. Instrumentalidad de los derechos colectivos en las ideas de Ropke.

4.2.3. Reflexión- Formante legal: Similitudes de las demandas comunitarias y las tesis democristianas.

4.3. Formante legal y formante jurisprudencial: Reflexiones finales

Capítulo IV: Disociación entre formante jurisprudencial y formante legal: Racionalidad y eficacia instrumental.

4.1. Racionalidad de “lo social” en el formante jurisprudencial: subsidiariedad, cooperación y contenido constitucional del derecho a la consulta previa.

La “legitimización” es importante como formante¹⁶⁷. Dicha legitimidad puede provenir de elementos tradicionales. En este caso, el TC recurre a una legitimidad sobre la base discursiva, sobre su capacidad argumentativa, y se orienta en base de relación histórica entre Iglesia y Estado, esto entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, como parte del poder constituido y bajo justamente la orientación de ciertas Encíclicas: esto es, en referencia a la encíclica *Rerum Novarum* y *Mater et magistra*, cuyo contenido es llevado a la interpretación de sede constitucional. Asimismo, proviene de informarse de autores como While Ropke que desarrolla el “humanismo económico” en el marco de una “economía social de mercado”. Asimismo, proviene del uso de la categoría de un derecho, ejemplo el derecho de propiedad, y que tal derecho tiene un ámbito constitucional: “esencialmente protegido” y que es un “deber” ejercitarlo según la “función social” por el “bien común” “el bienestar general” el “bien de la nación”.

Asimismo, se recuerda que la experiencia alemana usó un razonamiento similar a partir de la denominada *esenzialtheory*, la cual sirvió de argumentación para la expropiación. Es decir, en este capítulo nos ocuparemos cómo potencialmente es posible reconducir cualquier derecho sea individual o colectivo a una ponderación, que finalmente puede ser técnico en de cómo realiza, pero finalmente es una discrecionalidad del juez respecto de cada causa en concreto. Dicha discrecionalidad goza mayor legitimidad por, como ya hemos mencionado la capacidad del juez de explayarse con su racionalidad argumentativa, pero no asegura a priori la justicia constitucional en el caso concreto, más bien podría servir para aventajar un programa económico, la economía social de mercado, eso sí.

La parte final procura explicar que una experiencia similar interpretativa se realizó con la democracia cristiana y con el partido Cristiano Democrático, en dicho tiempo con tesis estructuralistas y funcionalistas también, pero además con la dicotomía desarrollo y subdesarrollo y la necesidad de una sociedad industrial para llegar al desarrollo. Tesis que influenciaron sobre el Perú desde los años sesenta y que asimismo, influyeron a que se incluya la economía social de mercado como modelo económico. Siempre con un sentido de buscar la paz social y no así el conflicto. Se trata asimismo, de confiar las máximas interpretativas al juez constitucional, dentro de su rol político¹⁶⁸.

4.1.1. El principio de subsidiariedad y “lo social” de la “economía de mercado”.

En este sentido, el pluralismo jurídico de los pueblos indígenas es reconducido en términos de conciliación de intereses ante cualquier posible escenario de conflictividad

¹⁶⁷ SACCO, Roldofo. *Sistemi giuridici comparati*. 3era ed., UTET, Turín, p. 5.

¹⁶⁸ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores, 2da. Ed., 2006.

social. En dicha línea, asimismo, es desarrollado el “principio de subsidiariedad”. Al respecto dice Alessandro Somma: El “principio de subsidiariedad” [...] “ha sido elaborado en el seno de iglesia católica en la época en la cual estaba ocupada en la búsqueda de la “tercera vía” [...] viene propuesto un modelo corporativista fundado en la colaboración entre capital y trabajo entre asociaciones [...] encargadas de “poner oportunos remedios a necesitados y acercar y unir a las clases entre éstas”[...] como lo hacía las corporaciones de artes y maestros”¹⁶⁹.

Asimismo, el ordoliberalismo considera dicho principio a circunscribir la intervención de los poderes públicos en el mecanismo de mercado” y justamente es ampliamente usado en la experiencia europea para “diseñar la construcción de la Europa de los mercados antes y la transacción hacia los derechos luego”. En tal sentido, era necesario preservar “la esfera de la libertad de la iniciativa personal de los individuos” asegurando a los cuerpos intermedios “una efectiva autonomía en relación de los poderes públicos”¹⁷⁰. Explica asimismo, que en el contexto europeo dicho principio ha servido para pasar de un sistema de “armonización” a uno más bien de “competencia” de los ordenamientos nacionales¹⁷¹.

En dicha orientación se puede considerar la obra de Wilhelm Ropke denominada “Democrazia ed economia L’ umanesimo liberale nella civitas humana”. Lorenzo Onagui y Alberto Cuadrio Curzio, quienes presentan la obra citada, citando a Ropke, dicen que se trata del “humanismo económico” al cual le viene agregado el adjetivo “social”¹⁷². Es decir, juntar a las “investigaciones económicas” hacia aquel “aspecto antropológico-sociológica”, asimismo, estableciendo las “correspondencias funcionales” entre “economía y política”¹⁷³.

Según la postura citada después de la segunda guerra mundial los pensadores (ordoliberales) han recurrido al redescubrimiento de “las fuerzas espirituales” a través de las cuales “se ha venido formando la identidad de Europa” a partir de las “componentes religiosas y humanitarias propias de la cristiandad” para llegar a la idea de clave de “dignitas hominis” en relación a la cual es aún en la actualidad “la edad del humanismo”¹⁷⁴.

Asimismo, dice el citado autor, sobre el “humanismo económico” que se trata de delinear un “liberalismo constructivo” de una “tercera vía” entre el “control directo del Estado” y la “competencia económica sin reglas ni frenos”¹⁷⁵.

Asimismo, en Ropke, los intereses de los grupos particulares serían los culpables de la crisis del Estado monista: “Al “Estado monista” de la doctrina democrática nacida en la revolución Francesa se ha venido sustituyendo el “estado de derecho” de la realidad

¹⁶⁹ MONATERI, Pier Giuseppe y SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*. Turín, 2000, 3era ed., p. 185- 186.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² ROPKE, Wilhelm. *Democrazia ed economia L’ umanesimo liberale nella civitas humana*. Il Mulino, Boloña, 2004, p. 7

¹⁷³ *Ibid.*, p.10.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.12.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.14.

democrática de hoy en día, a punto que esta evolución ha asumido un carácter verdaderamente impresionante, para llegar a nosotros a un grado verdaderamente crítico por la “misma democracia”¹⁷⁶. Se trata de un “intervencionismo estatal” como “política vital”.

En especial, sobre el tema del rol subsidiario del Estado, expresa el citado presentador de la obra de Ropke: “Junto a la imagen del “estado subsidiario” está en la obra de Ropke otra idea clave que regresa hoy respecto a la transformaciones de los sistemas de welfare; es aquello que el autor define como “sentido de responsabilidad” de “incluir en extrema síntesis un determinado orden al colectivismo público” así como el “privado”, contrapone la idea de “estado descentralizador” en base a la Encíclica Cuadragésimo Año de 1931, en la cual oficialmente viene reconocido por parte de la doctrina social de la iglesia el principio de Subsidiariedad”¹⁷⁷. Las Encíclicas traían un mensaje de paz en medio de un conflicto ideológico agudizado por la crisis económica, por consiguiente, trataban de mantener el “cuerpo político”, más que provocar que el conflicto produzca su ruptura y/o confrontación violenta.

Estas ideas tienen su correlato en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Al respecto citamos dos de dichas sentencias.

Sentencias del TC que se informan de la Encíclica *Rerum Novarum* y de la encíclica *Rerum Novarum* y *Mater et magistra*.

Sentencias del TC que se informan de la Encíclica *Rerum Novarum*

“Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII [*Encíclica rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966] el trabajo tiene el doble signo de lo **personal** y **necesario**. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros”¹⁷⁸.

Sentencias del TC que se informan de la Encíclica *Mater et magistra*. El bien común.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 15

¹⁷⁷ *Ibid.*, P.16

¹⁷⁸ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 008-2005-PI/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html> [consultada el 02.07.2015]

“La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”. (Iters. Nros. 39-40).

3.1.2. La “Cooperación” y “bien común”: El “humanismo económico” en la jurisprudencia del TC.

Sentencias del TC que se trata sobre la “cooperación” entre el gobierno regional y el gobierno nacional en el caso Conga.

Declaran inconstitucional la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, que declaró inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL EXPEDIENTE N° 0001-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca, Lima, 17 de abril de 2012. En tal sentido, la Ley N° 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) establece en su artículo 26.1 establece que el diseño de políticas nacionales y sectoriales entre otros, es competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Y de manera similar, la Ley N° 27867, de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), artículo 45 a) establece que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir y gestionar las políticas nacionales y sectoriales en consideración a los intereses nacionales y diversidad de las regiones, estando los Gobiernos Regionales encargados de definir, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere, por consiguiente, que las competencias de los Gobiernos Regionales deben desarrollarse de conformidad con las políticas y planes nacionales atendiendo al principio de unidad y el de cooperación y lealtad Regional, sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el Gobierno Nacional.

En esta primera sentencia el TC invoca “[el] principio de unidad y de cooperación y lealtad Regional”[...] sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el Gobierno Regional.

¹⁷⁹ *Ibídem*.

La Sentencia Exp. N.º 0008-2003-AI/TC ¹⁸⁰ recoge la tesis ordoliberal de que “el régimen económico constitucional”, dice “a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución)”[...] “encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental”. Basándose para dicha fundamentación en “la Encíclica *Mater et magistra*,”[...] “según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”. (Iters. Nros. 39-40).

La función social y el bien común en la jurisprudencia

Asimismo, la Sentencia 0048-2004-PI/TC reconoce que “La Constitución reconoce la “propiedad” como “una garantía institucional” la cual “debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley”. Es acorde con las “finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho”, que reconoce “la **función social** que el ordenamiento reserva a la propiedad”, la cual es inherente al derecho mismo.

En esta interpretación ofrecida supra se desarrollo un determinado alcance de la “función social, asimismo, se produce una reducción del derecho a su “contenido esencial” [mente protegido]. Esta operación es realizada en la misma sentencia respecto del derecho de propiedad.

Presentando el planteamiento el TC dice:

“La función social de la propiedad

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”¹⁸¹.

Empieza en su argumentación a discernir acerca del “contenido esencial del derecho de propiedad”, y orienta la argumentación a la propiedad como un deber. Dice:

“Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad” [...] “pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación” ¹⁸².

Y por dicho presupuesto de ser un deber orienta la propiedad, “el contenido esencial” hacia el “bien común” mediante las acciones del Estado:

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ Sentenciadel TC recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC

¹⁸² *Ibidem*.

[...]“el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares”[...] debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social [por consiguiente] “las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma”¹⁸³.

El TC continúa, deja el tema de la propiedad privada y se refiere más en específico a las inversiones privadas, las cuales cumplen una “función social” y por ende, orientadas hacia el bienestar general (el bien común):

“En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general”¹⁸⁴.

Ya en específico, trata de “la utilidad y beneficio que los recursos naturales -en este caso, los minerales no renovables- pueden generar a la Nación” justifica el TC la exigencia de “deberes y obligaciones que las empresas que los reciben en concesión tienen frente a la colectividad”¹⁸⁵.

Como vemos en dicha operación básica ha subsumido el contenido esencial de un derecho, la propiedad, la inversión privada, la utilidad derivada de los recursos naturales, a un “deber y obligación”, debido a que ésta (o cualquiera de los mencionados) cumple una “función social” orientado hacia “el bien común”.

La conclusión más puntual materia del caso va ser que “el otorgamiento de una concesión” a particulares estará bajo parámetros del bien común (interés de la nación):

“Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una concesión minera implica la cesión a particulares del bien natural extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación”¹⁸⁶.

La limitación del derecho de propiedad de una concesión se da entonces, explica el TC bajo los supuestos que “la concesión” implica un deber de “aprovechamiento sostenible” recaído en el artículo 23º de la Ley N.º 26821, el cual “establece como regla imperativa el aprovechamiento sostenible[16] de los recursos naturales, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo”. Por consiguiente, aprovechar un recurso “consiste en su explotación eficiente”, bajo el principio de “sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente”¹⁸⁷.

¹⁸³ *Ibídem.*

¹⁸⁴ *Ibídem.*

¹⁸⁵ *Ibídem.*

¹⁸⁶ *Ibídem.*

¹⁸⁷ *Ibídem.*

En esta operación argumentativa el TC ha procurado introducir el bien común como sinónimo de responsabilidad de un lado, y de otro, como sinónimo de deber que proviene de la función social.

La fórmula viene sintetizada en este párrafo:

“84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70º de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común”¹⁸⁸.

Recalca asimismo:

“85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad.”

Y el sustento legal sería el que sigue, dice el TC:

“Por lo demás, así lo establece el artículo 8º de la propia Ley N.º 26821, al disponer que: “El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación [y] el bien común (...)”¹⁸⁹.

Asimismo, la “propiedad pública” cumple la función social, esto la propiedad de los recursos naturales:

“reconociendo la legítima facultad del Estado para velar también por la propiedad pública. Dicha protección cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66º), estos son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento”¹⁹⁰.

Sintetiza así, dice el TC:

“[...] 86. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional no comparte la posición de los demandantes, cuando afirman que la regalía vulnera su derecho de propiedad sin justiprecio. En concreto por dos razones fundamentales: la primera, porque las limitaciones que se establecen al derecho de propiedad en función al interés general y el bien común, son admitidas; y, la segunda, porque el dominio sobre los recursos naturales no renovables que ostentan los titulares de la actividad minera es sobre el bien extraído y no sobre el situado en tierra, el cual, en tal estado, es patrimonio de la Nación”¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Ibídem.*

¹⁸⁹ *Ibídem.*

¹⁹⁰ *Ibídem.*

¹⁹¹ *Ibídem.*

Por consiguiente, la función social ha servido para darle un marco jurídico a la existencia de una regalía minera que debe pagar un particular:

“carece de fundamento la afirmación de los demandantes según la cual la regalía minera es una contraprestación de nada”¹⁹².

En conclusión, la regalía minera sería un pago orientado hacia el bien común, a la función social de la explotación de un recurso.

Esta operación jurídica se puede realizar con cualquier otro derecho. Al respecto también vale citar que en el área germana, en el periodo de Weimar se teorizaría respecto de los límites del derecho de propiedad, incluso mediante el instituto de la expropiación. Sobre esta última experiencia explicamos:

“[la expropiación] Se trataría de una operación orientada a la disminución *contra naturam juris* de las facultades de uso de un bien singularmente considerado, acompañado o no de la atribución de un derecho a un distinto sujeto”¹⁹³.

“Expropiación como vaciado [“svuotamento”] del derecho mediante una penetrante incisión en su contenido mínimo”. Esto es producto de la influencia de la convergencia de un lado, de la doctrina de la *Institutsgarantie* según la cual “la garantía de la propiedad significa que, cualquier disciplina dicta el legislador, “debe permanecer posible un derecho del privado sobre los bienes [...] que amerita el nombre de propiedad, por el cual entonces, las limitaciones del poder de señoría sean excepciones”. Y de otro lado de la *Einzelackstheorie* según la cual tiene expropiación cuando del procedimiento que va a sacrificar un derecho resulta afectada no la generalidad de titulares de aquel derecho sino solo el singular sujeto. Asimismo, de la *Substanzminderungstheorie* según la cual se tiene la expropiación en cada caso en el cual la incidencia sobre el derecho privado sea de dimensiones y gravedad tal que el derecho (incluso si sobrevive parcialmente) es anulado o perjudicado (según la concepción social del momento) de manera decisiva en las funciones económicas a este esencial y necesarias. Teorías estas todas elaboradas en la fecunda experiencia weimeriana”¹⁹⁴.

Asimismo, en el contexto peruano las tesis de la función social ya se han aplicado en procesos de expropiación, por ejemplo durante el periodo de la denominada “Reforma Agraria” durante el régimen de Velasco Alvarado¹⁹⁵.

¹⁹² Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC

¹⁹³ MEUCCI Serena. *La circolazione dei diritti edificatori*. Ponencia presentada al Congreso *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, a cargo de Duccio M. Traina, Realizado en Florencia jueves 7 marzo 2013. Disponible en http://www.cesifinalbertopredieri.it/commons/layout/partUploaderView.jsp?_VP_V_ID=20521778&CM=FILEVIEW&FILE_TO_UPLOAD=WF_4170_Traina_21+03+14+ore+1650.pdf%2B%2B%2Bapplications%5Cwebwork%5Csite_cesifin%5Clocal%5Cdocument%2F004170.Traina_21+03+14+ore+1650.pdf&TREATASATTACH=yes [Consulta 06.07.2015].

¹⁹⁴ MEUCCI Serena. *La circolazione dei diritti edificatori*. Op. Cit.

¹⁹⁵ FIGALLO, Guillermo. *Tierra y constitución*. Campus Editores, Lima, 1990, p. 50-53.

3.1.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

Asimismo, la citada sentencia trata de un “contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta”, lo que importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.”. Al respecto se extiende y dice:

Respecto del acceso a la consulta dice:

“En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”¹⁹⁶.

Respecto de las características esenciales del proceso de consulta dice:

“39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas”¹⁹⁷.

Respecto de la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta dice:

“ 40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta”¹⁹⁸.

3.2. Instrumentalidad en el formante legal: *ordoliberalismo*, Ropke y las tesis democristianas.

¹⁹⁶ Sentencia del TC recaída en EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ MEUCCI Serena. *La circolazione dei diritti edificatori... Op. Cit.*, p.30.

3.2.1. Instrumentalidad de los derechos en contexto del *ordoliberalismo*.

Estos mismos instrumentos teóricos detallados para modular derechos podrían ser también usados para limitarlos indebidamente. En tiempos de Weimar, se usó funcionalmente la **cogestión**: si bien se la puso con finalidad de **socialización**, invocando la cohesión social del “cuerpo de la sociedad” se buscó en el fondo, el apoyo coyuntural de los sindicatos. Esta política representó el “corporativismo” y “neocorporativismo”. Se plasmó en el ámbito de los sindicatos siderúrgicos, favoreciendo a las fuerzas de ocupación británicas, en aplicación de una de las sanciones de la Guerra¹⁹⁹ (así como en la minería), y se aplicaba a las empresas con más de mil dependientes. Una aparente victoria de la democracia económica, pero en realidad una táctica de pacificación social, que no tenía carácter emancipatorio.

Hemos omitido un capítulo dedicado a la conceptualización del derecho de consulta previa, y del “bloque de constitucionalidad” con el cual debe ser interpretado porque ya lo hemos desarrollado en una tesis anterior que fue revisada y publicada el año 2013²⁰⁰.

Como lo explicaremos a continuación el Estado tuvo un rol central en los postulados *ordoliberales*. El Estado es instrumentalizado para custodiar el orden privado, el orden concurrencial “*Hüter der Wettbewerbsordnung*”²⁰¹. Al ser el Estado el tutor de la socialización, el ordoliberalismo se preocupó de la existencia de comunidades intermedias que puedan quitarle o disminuir dicho poder centralizador de las expectativas del individuo²⁰².

Se constituyó una aversión a las comunidades intermedias, aquellas que podrían poner en marcha, tan igual que el Estado la solidaridad en su sentido horizontal como en su sentido vertical. No era posible construir un Estado fuerte si es que existiese un pluralismo, muy por el contrario éste debería ser combatido para asegurar el poder político concentrado en el Estado²⁰³.

3.2.2. Instrumentalidad de los derechos colectivos en las ideas de Ropke.

¹⁹⁹ SOMMA, Alessandro. *L' economia sociale di mercato* 4. Op. Cit., p. 12 y 13..

²⁰⁰ TORNERO CRUZATT, Yuri. *El derecho a la consulta previa: un bosquejo para su estudio*. Editorial Académica Española, Madrid, 2013.

²⁰¹ VANBERG, Viktor J. *La “scuola di Friburgo”: Walter Eucken y l'ordoliberalismo*. En *Storia del liberalismo in...* Op. cit., p.818.

²⁰² SOMMA, Alessandro. *L' economia social di mercato /2. Dal nacionalsocialismo...* Op Cit. ,p.5 “La aversión ordoliberal por las comunidades intermedias entre ente estatal y sociedad se habrían evidenciado como expresión de las libertades políticas, realizada con el fin de reformar las libertades económicas según lógicas de sistema, reunidas bajo una perversa conjunción entre crecimiento económico, potencia nacional y bienestar colectivo. Todo ello combinado con una retórica que, si bien no recurría al racismo biológico, no por esto carecía de una matriz de racismo cultural, ambos, en el mismo tenor, puesto al servicio del orden propietario.”

²⁰³ SOMMA, Alessandro. *L' economia social di mercato /2.*, Op. Cit., p.8 “El favor ordoliberal para la construcción de un Estado fuerte se traducía en la invitación a concentrar el poder político, por ello se debería combatir el pluralismo como provocación antisistema.”

Asimismo, Ropke considera que “el mayor peligro está en abandonarse al colectivismo integral” hecho que evidentemente ni siquiera los socialista (o por lo menos no totalitaristas) desean en su mayoría. Y esto se debe justamente, explica a que en países liberales se deja espacio y concesiones a un “contenido de subcolectivismo cambiante”. Y por qué el colectivismo total sería la catástrofe, explica que esa idea está contenida en el libro “Crisi sociale del nostro tempo di modo”²⁰⁴.

En este sentido, la justicia constitucional es informada por la tradición cristiana para poner supuesto que expresen de un lado conciliación entre clases, y de otro, armonización del interés particular con el bien común. Mientras que el socialismo y otras corrientes afines se preocupaban porque el conflicto sea un medio para la emancipación, y por ende contrario a la pacificación. Por el contrario, aquí más conflicto se llama a la “cooperación” que favorezca por consecuencia pacificar la sociedad y evitar justamente dicho conflicto de clases. En ese sentido el *ordoliberalismo* propone, recogiendo la encíclica *Rerum Novarum*, crear “instituciones orientadas a poner oportuno ayuda a los débiles y a acercar y oír a las dos clases entre ellas”²⁰⁵.

La otra fuente es por ejemplo, coincidente su fundamentación que vincula la economía social de mercado la postura de la encíclica *Mater et magistra*, la cual informa al juez que “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad” “como leyes supremas del orden social”. Y que “permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”.

En el tema de las comunidades también el Tribunal constitucional sugiere en la sentencia trata de la “indemnización como beneficio compartido”. Asimismo, que dichos pueblos “deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida”²⁰⁶.

²⁰⁴ ROPKE, Wilhelm. *Democrazia ed economia L'umanesimo liberale nella ..Op. cit.*, p. 58.

²⁰⁵ SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato* 1. Op. Cit., p.7.

²⁰⁶ Sentencia recaída en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC “§ XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido. 52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre”.

3.2.3. Formante legal: Similitudes de las demandas comunitarias y las tesis democristianas.

Un primer proyecto de acercamiento a las tesis cristianas desarrolladas en el área germana está en el contexto del desarrollo y del estructuralismo como vías para alcanzar una sociedad industrial desarrollada. En dicho contexto la cogestión se expresaba de un lado en la creación de comunidades industriales y de otro lado en las limitaciones del capital privado; para que ambos trabajen en la industria en “cooperación” y no así en “conflicto”. Estas máximas fueron una forma asimismo, de aplicar el “bien común” la función social” y otras categorías aquí presente en esta sede. Explicamos brevemente esto en la experiencia peruana.

Una primera influencia van ser de las ideas democristianas, que inicialmente convergían en el Partido Demócrata Cristiano de Héctor Cornejo Chávez, las cuales se van a difuminar a causa de la debilidad devenida de dicho grupo producto de la ruptura con el PPC. Según Hernando Aguirre quien va tratar de llevar adelante las reivindicaciones democristianas, más adelante va ser el régimen de Velasco, el cual mediante decretos leyes crea las “comunidades industriales” y asimismo, a su interior un régimen de “cogestión”, única experiencia de puesta en marcha de un modelo de dicho tipo en el caso peruano. Se requiere hacerse un análisis ulterior autónomo de lo apenas dicho. Por ejemplo, queda por explicar la separación interna entre quiénes no eran estatistas y concebían dicha cogestión al interior de la empresa privada, como el naciente Movimiento Socialista Comunitario. El citado autor dice al respecto: [la empresa comunitaria] “se trata de un valioso antecedente de la empresa de propiedad social proyectada por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada como elemento preponderante dentro de la nueva sociedad en construcción”²⁰⁷.

Para comenzar trataremos sobre los orígenes de la Democracia Cristiana en el Perú. La importancia reside en que a pesar de su fragmentación posterior, sus ideas influyen una generación que coincide con la **Constitución de 1979**. Hernando Aguirre sugiere como textos básicos: Ideario del partido Demócrata Cristiano, el Programa de Gobierno (1962), Una Tercera Posición (1960). Y las obras de Héctor Cornejo Chávez: Nuevos Principios para un Nuevo Perú (1960), Qué se propone la Democracia Cristiana (1962) y Democracia Cristiana y Revolución (1967)²⁰⁸. Para el caso latinoamericano, también por ejemplo, el principal de sus líderes fundadores Cornejo Chávez estuvo influenciado por la CEPAL, en el uso por ejemplo de los términos “subdesarrollo” y “dependencia”²⁰⁹. Por ejemplo, en uno de sus congresos la democracia cristiana acordó:

- a) El establecimiento de un consejo de Ministros latinoamericanos de la actividad económica, encargado de estudiar en profundidad todas las cuestiones relativas a la integración económica.

²⁰⁷ AGUIRRE GAMIO, Héctor. *El proceso peruano*, México, 1974, p.207.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 143.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 155.

- b) La creación de un consejo de ministros de educación para estudiar, acordar y recomendar las medidas conducentes al mejor conocimiento entre nuestros pueblos y a la elevación de su nivel cultural.
- c) La organización del Parlamento latinoamericano, destinado a aprobar en forma recomendada iniciativas necesarias para hacer posible la integración.
- d) La formación de una corte Latinoamericana de Justicia.

Postuló asimismo “un régimen de cooperación” con miras al “establecimiento de un mercado común latinoamericano”.

Hernando Aguirre explica cómo “Héctor Cornejo Chavez adquirió influencia predominante en el partido, llegando a ser candidato a la presidencia de la república en 1962”. El PDC se presentó como la “tercera vía”, es decir “equidistante del capitalismo y el socialismo (del liberalismo y del marxismo)”. Llegaron a teorizar bajo criterios comunitarios de “la necesidad de construir una sociedad comunitaria y una empresa comunitaria”, aunque sin precisas detalles al respecto, según el autor citado. El punto más álgido fue a principios de 1967 cuando “el proceso de radicalización alcanzó un punto crucial cuando 25 dirigentes fundadores del PDC, incluyendo a Ernesto Alayza Grundy, Luis Bedoya Reyes, Mario Polar y Roberto Ramírez Villar, rompieron esa organización y crearon un nuevo partido, el Popular Cristiano”. Para el autor: “la derecha del PDC para formar tienda a parte.”²¹⁰. El 14 de febrero de 1968, el grupo parlamentario democristiano presentó en la cámara de diputados un proyecto de Ley de Empresas Comunitarias. Se considera en tal proyecto, “glosado por Cornejo Chávez en un folleto editado en marzo de ese año” a la empresa comunitaria “como el meollo de la revolución social cristiana”, que apunta a la “liberación del trabajo”²¹¹.

Como ya hemos explicado el Partido Popular Cristiano (PPC), que nace de dicha separación, será el que participa en la Asamblea Constituyente, teniendo como representantes, a los ya mencionados, por ejemplo: Ernesto Alayza Grundy, Luis Bedoya Reyes²¹², Mario Polar y Roberto Ramírez Villar. De aquí partiría la capacidad de aceptar el modelo economía social de mercado por parte del PPC y en concordancia con el APRA.

En consecuencia, sólo cabría preguntarse si Acción Popular actuó como una Democracia Cristiana para impulsar la economía social de mercado en el periodo seguido a la dación de la Constitución de 1979. Sobre dicho punto habría que preguntarse acerca de la convergencia de las ideas partido político Acción Popular de Fernando Belaunde (presidente del Perú de 1963 a 1969), y en especial, las de Francisco Miró Quesada Cantuarias quien escribe el manual ideológico de Acción Popular “El Perú como doctrina”,

²¹⁰ *Ibid.*, p. 205.

²¹¹ *Ibid.*, p. 207.

²¹² AMIEL MEZA, R. y MADRID ISLA, C. *Bedoya en la constituyente*. Lima: Studios, Madrid, 1979, p. 7, “En número mayor de escaños fue el segundo partido político Dicho partido anteriormente se había aliado con otro cuyo nombre es Acción Popular, y en conjunto se llamaban partido Democrático Cristiano del Perú (1956). Bedoya Reyes fue delegado del Primer congreso Mundial de la Democracia Cristiana (París 1958).”

eran concordantes o divergentes con la Democracia Cristiana o la socialdemocracia, habría asimismo que indagar más acerca del “humanismo situacional”²¹³ que plantea el citado autor.

Asimismo, vale añadir, que las tesis democristianas y cristiano democráticas influyeron sobre el texto constitucional de 1979, el cual recoge el modelo “economía social de mercado” por primera vez, y por ello es coherente aproximar dichas tendencias, en cuanto existen vías de comunicación para interpretar “lo social” bajo las máximas descritas.

3.3. Formante legal y formante jurisprudencial: Reflexiones finales.

Con este pre breve historial de la socialdemocracia hemos querido explicar hasta aquí, que desde el presidencialismo peruano ha existido una proximidad de dichas tesis hacia los derechos colectivos, hacia el humanismo. Estas ideas asimismo, han influido sobre los gobiernos correspondientes dando un perfil a lo que primero se denominó el problema del indio y luego, en un contexto actual de los derechos de los pueblos indígenas.

Como hemos explicado en el capítulo segundo, el formante legal trata de ser eficaz para expandir la economía de mercado, pero al momento de desarrollar lo social de esto se asegura de tomar, como hemos explicado las tesis socialdemócratas.

El formante legal pone en un texto racional como sí lo hace la sede judicial sus razonamientos, sin embargo, la carencia de vinculación de éstos con sus decisiones tienen consecuencias ulteriores algunas de dichas decisiones mediante normativa excepcional va en contra de derechos de los pueblos indígenas. Y de esos actos normativos, algunos vienen considerados como contrarios a la Constitución en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano.

En dicho sentido, la racionalidad de las decisiones del Poder Ejecutivo son contextualizadas y deben estarlo de acorde con parámetros del Estado democrático y social de derecho. Así, el formante legislativo ha venido siendo más rectificado por parte del formante jurisprudencial, que influye racionalmente sobre éste. Tanto así que en un caso específico desarrollado anteriormente ordena la adaptación del Ministerio de Energía

²¹³ ÑIQUE DE LA PUENTE, A. *El humanismo jurídico en San Marcos (1951-2003)*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, 2004, p. 51. “El humanismo situacional del doctor Francisco Miró quesada Canrtuarias, autor de Ensayos de Filosofía del derecho, con su formación pluralista, muy reconocida en él, un gran maestro que ha influenciado como filósofo de la liberación en los criterios humanistas, cuando en los años 60, defendió un humanismo situacional, que ligado al Derecho, va cuestionar cualquier criterio insensible, mercadotécnico e inhumano”

y Minias por la omisión de falta de adecuación al Convenio 169 de la OIT. Este resultado es una última orientación, no lo era así previamente.

El formante legal no necesitaría influenciar sobre el formante jurisprudencial para su eficacia, pero sí necesitaría la omisión de un pronunciamiento para que dicha eficacia surta los efectos buscados.

CONCLUSIONES

1. En la circulación del derecho internacional hacia el derecho interno de la regla de la consulta previa, no se ha procedido a la autoaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT. Esto quiere decir, en primer lugar que no se ha aceptado una adhesión total al contenido de la norma internacional y por consiguiente, evaluando el Convenio como un todo no se ha producido un transplante jurídico (total).
2. El derecho interno peruano ha resistido y en el formante legal se manifiesta dicha resistencia en el hecho que la Ley de Consulta previa incluye diversos presupuestos para identificar el derecho de la identidad de los pueblos indígenas respecto que el aquello que se consigna en el Convenio 169 de la OIT.
3. El derecho interno peruano ha resistido y en el formante legal se manifiesta dicha resistencia en el hecho de que la jurisprudencia ha cambiado de criterios para determinar el momento inicial, momento desde el cual debe aplicarse el derecho de la consulta previa.
4. La disociación entre formantes legal y jurisprudencial no es por una renuncia a la interpretación de “lo social” hacia la “economía de mercado”, y por ende a la defensa de la constitución económica. Sino más bien, en que el formante jurisprudencial ya no puede expandir el modelo económico con tanta discrecionalidad. En cambio, formante jurisprudencial, llega a influenciar sobre el formante legal y resulta más prestigio por la capacidad argumentativa, pero no siempre así por su propia incidencia sobre los derechos en cuestión de los casos en concreto.
5. En particular, los instrumentos racionales como el llamado a la “cooperación”, hacia “el bien común”, el respeto al “contenido constitucional esencialmente protegido” no restan la posibilidad de la discrecionalidad del juez constitucional que para que con un riguroso razonamiento, en el caso concreto haya un nivel de discrecionalidad de orientación a la defensa de la constitución económica. El prestigio de la “tercera vía” vale más que los singulares derechos individuales y colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GAMIO, Héctor. *El proceso peruano*, México, 1974, p.207.

AJANI, Gianmaría. *Sistemas jurídicos comparados, Lecciones y materiales*. Ediciones Universidad de Barcelona, 2010, p. 39.

AMIEL MEZA, R. y MADRID ISLA, C. *Bedoya en la constituyente*,

ARENA, Rosanna. *Il rapporto Parlamento- governo alla luce delle dinamiche della normazione:la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa* En *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. (a cargo de Antonio ruggieri). Edizioni scientifiche italiane, 2006, napoles.p.87-122.

BLUME ROCHA, Aldo. Los decretos de urgencia de Alan García: el abuso y la usurpación de la facultad normativa por parte del poder ejecutivo. Balance jurídico-constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez Documento de Trabajo N° 54 14 de septiembre del 2011. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc14092011-140008.pdf

CACASINO, Elisa. *Il rapporto Parlamento- governo alla luce delle dinamiche della normazione:la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa* . En *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. (a cargo de Antonio ruggieri). Edizioni scientifiche italiane, 2006, napoles.

CANGELOSI, Gabriella. *Tutela dell'ambiente e territorialità dell'azione ambientale*. Milán, Giuffrè p.87.

CANTARO, Antonio. *Costituzione e ordine económico*,Bonnano Editore, Acireale: 1999, Roma, p.39.

CARETTI, Paolo BARBIERI, Giovanni Tarli. *La decretazione d' urgenza: alcuni spunti per una comparazione*. En *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale scientifica 2012, p.2530-2563.

CARLASSARE, Lorenza. *La "riserva di legge " come limite alla decretazione d' urgenza*. vol. I. En *Scritti in memoria di Livio Paladin*. vol. III. Nápoles, Jovene editore, 2004, p.423-463.

CARMONA CONTRERAS Ana M.. *El decreto-ley en tiempos de crisis*. Revista Catalana de Droit Public. N° 47, 2013, pp. 1-20. Disponible en www.rcdp.cat.

CASETTI, L. *Stabilità económica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*. Giappichelli, Turín, 2002, p.47.

CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena)*. Disponible en <https://sogip.files.wordpress.com/2012/01/informe-sobre-el-perc3ba-tras-la-ley-de-consulta.pdf>.

CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta (estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena)*. Disponible en <https://sogip.files.wordpress.com/2012/01/informe-sobre-el-perc3ba-tras-la-ley-de-consulta.pdf>.

COCOZZA, Francesco. *Profili di diritto costituzionale applicato all' economia*. Turín: Giappichelli, 199, vol. I, p.49.

DALLA VIA, A.R. *La emergencia constitucional en argentina*. En *Costituzione económica ed emergenza in America Latina*, Argentina, Chile, Ecuador, Perú, Venezuela (a cargo de De Vergottini) Giappichelli Turín, 1997.

Decreto del 5 de enero del 2015. Disponible en <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/1/5/15G00005/sg>

DUVE, Thomas. *European Legal History - Global Perspectives*. Working Paper para el *Colloquium ,European Normativity - Global Historical Perspectives'* (Max-Planck-Institute for European Legal History, Setiembre, 2nd-4th, 2013). Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2292666

El Peruano -Normas Legales. Declaran inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011 EXPEDIENTE N° 00004-2011-PI/TC <http://www.munizlaw.com/normas/2011/Setiembre/30-09-11/Sentencia%20Exp.%20N%C2%BA%2000004-2011-PI-TC.pdf>

ERHARD, Ludwig. *Benessere per tutti*. Enaiude, Roma, 1957, p.3.

FIGALLO, Guillermo. *Tierra y constitución*. Campus Editores, Lima, 1990, p. 50-53.

FLAX, Javier. *La democracia atrapada*. Biblos, Buenos Aires, 1era ed.

FUJIMORI, Alberto. Mensaje a la Nación del 5 de abril de 1992, disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf>

GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1era. edición, Lima 1981

HÄBERLE, Peter. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional de mercado: siete tesis de trabajo*. En *Justicia constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia- Pacífico APEC)*, a Cargo de César Landa, Año III, N°6, p.45.

Instituto de Defensa Legal. *Sistema de justicia y derechos de pueblos indígenas en el Perú Balance del año 2012*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2012, p. 56. "A fines del 2011

JULG, Jean. y CHELINI, J. *La Démocratie chretienne en République Fédérale Allemande*. Ed. Economica, Paris, 1985, p. 32.

LANDA ARROYO, C. *Derecho procesal constitucional*, en *Vigésimo cuaderno de trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP*, n. 20, 2011, p. 6:

LANDA ARROYO, César. *Incursus. Principios rectores y derechos fundamentales del Administrado en el marco de la Constitución de 1993*. En *Justicia constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, a Cargo de César Landa, , Año III, N°6, p.51.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores, 2da. Ed., 2006.

MEUCCI Serena. *La circolazione dei diritti edificatori*. Ponencia presentada al Congreso *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, a cargo de Duccio M. Traina, Realizado en Florencia jueves 7 marzo 2013.

MONATERI, Pier Giuseppe y SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*. Turín, 2000, 3era ed.

MULIAN, Tomás. *Chile anatomía de un mito*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1997.

NADEU, Roberto. *Friedrich Hayek e la natura del liberalismo*. En *Storia del liberalismo in Europa*, Rubbertino Editore, 2013, p.994.

ÑIQUE DE LA PUENTE, A. *El humanismo jurídico en San Marcos (1951-2003)*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, 2004.

OIT, *Informe Alternativo del Año 2009*. Lima, 2009, Disponible en http://servindi.org/pdf/informe_alternativo_2009_final.pdf

Perú: Congreso deroga Decreto Legislativo 1090 sobre Ley Forestal
<http://servindi.org/actualidad/11699>

PINTO, Vladimir. *El derecho a la consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas en el Perú*. En *Servindi*, Lima, nov. 2009. Disponible en http://servindi.org/pdf/Derecho_Consulta_Pinto.pdf

POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2007, 400p.

ROPKE, Wilhelm. *Democrazia ed economia L'umanesimo liberale nella civitas humana*. Il Mulino, Boloña, 2004, P. 7

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La consulta previa de los pueblos indígenas análisis de la ley y de su reglamento*. Lima, 2012, p. 228.
http://www.hss.de/fileadmin/americalatina/Peru/downloads/la_consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_peru.pdf

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos 01-09-201 Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?
<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas Una mirada constitucional*. Lima, octubre de 2011. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12474/13036>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Naturaleza, finalidad y requisitos para expedir Decretos de Urgencia*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1660>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla*. En *Derecho & sociedad*, p.179.

RUIZ MORELLA, Juan Carlos. *Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

RUIZ MOREYRA, Juan Carlos. Por qué los decretos de urgencia que impiden estudios de impacto ambiental a megaproyectos son inconstitucionales.27 -01- 2011 Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=460>

SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. Turín, 5 ed.,1992.Asimismo sobre Sacco Ugo Mattei. Postmodern-Structural Comparative Jurisprudence? The aggregate impact of R. B. Schlesinger and R. Sacco to the understanding of the legal order. En *Rethinking the Masters of Comparative Law* a cura di Annelise Riles, 2001, p. 246.

SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. Turín, 5 ed.,1992..

SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au service de la connaissance du droit*. París, Económica, 1991.

SACCO, Roldofo. *Sistemi giuridici comparati*. 3era ed., UTET, Turín, p. 5.

SAITTO, F. *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della costituzione italiana*, p.19 disponible en <http://www3.unisi.it/ianus/numero%205/01.saitto.pdf>

SCHMITH, Carl La dictadura, Madrid, Revista de Occidente, 1968; “Teología Política”, en *Estudios Políticos*, Madrid, Doncel, 1975, paginas. 33 a 166.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la constitución*. Tecnos, Madrid, 1983.

Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 00004-2011-PI/TC Declaran inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011.

Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 00004-2011-PI/TC Declaran inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s. 001-2011 y 002-2011.

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 06316-2008-PA/TC.

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 05427-2009-PC/TC del TC.

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 06316-2008-PA/TC

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 06316-2008-PA/TC (Resolución aclaratoria) Lima, 24 de agosto de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 00008-2003-AI/TC

Sentencia recaída en el Exp. N.º 0022-2009-PI/TC

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 008-2005-PI/TC

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC

SOMMA, Alessandro. *Introduzione al diritto comparato*. Laterza, Roma, 2013.

SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato /1 Il fascino della terza via*. En *Biblioteca de la Libertad*, 2009.

SOMMA, Alessandro. *Economia sociale di mercato 2*. En *Biblioteca della Libertà*, año XLVI, n. 200, Centro Einaudi, gennaio-aprile, 2011.

SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato 3*. En *Biblioteca della Libertà*, año XLVI, n. 200, Centro Einaudi, enero- abril, 2011.

SOMMA, Alessandro. *L'economia sociale di mercato 4/ L'era Adenauer e l'economia di mercato obbligata socialmente*.

SOMMA, Alessandro. Liberali in camicia nera. La comune matrice del Fascismo e del liberismo giuridico, 2005, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril, año/vol. XXXVIII, número 112, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 293-323

STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º 0048-2004-PI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º 00018-2003-AI publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º 0011-2013-PI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

STC Exp. N.º STC 0048-2004-AI/TC publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano.

TORNERO CRUZATT, Yuri. *Derecho a la consulta previa: un bosquejo para su estudio*. Madrid: Edit. Universitaria, 2013. Prólogo de Alessandro Somma.

TORNERO CRUZATT, Yuri. *Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidenzialismo forte ed espansione dell' economia sociale di mercato*. En *Dallo Stato del Bienestar allo Stato di Buen Vivir*, a cargo de Silvia Bagni, Boloña: Edit., Filodiritto, 2013, p.79-102.

TORNERO CRUZATT, Yuri. *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*. En Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Bilbao, N° 12, 2014. Disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/anuario/anuario12.pdf>

Tratado de Lisboa. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES#d1e13163-1-1>

VANBERG, Viktor J. *La "scuola di Friburgo": Walter Eucken y l'ordoliberalismo*, En *Storia del liberalismo in...* Ob. cit., p.818.

VANBERG, Viktor J. *Hayek in Freiburg*, Ob. Cit., p.1 disponible en http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/DP2012/12_1_Hayek_in_Freiburg_web.pdf.

WOHLGEMUTH, Michael. *L' influenza dell' economia austriaca sul liberalismo tedesco*. En *Storia del liberalismo in Europa* (a cargo de NEMO y PETITOT, Jean), Rubbettino, 2013, p. 864.

VANGER, V. J. *La scuola di Friburgo: Wlaler Euken e l'ordoliberalismo*. En *Storia del liberalismo in Europa* (a cargo de NEMO y PETITOT, Jean), Rubbettino, 2013, p. 810.

VON HAYEK, Friedrich Augusto. *Legge legislazione e libertà Critica dell' economia pianificata*, (trad. Pier Giuseppe Monateri), Saggiatore, 2010.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative Law*. (2nd ed. 1993, 1st ed. 1974). Asimismo P.G. Monateri *Black Gaius -A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, en 51 *Hastings Law Journals* 479 (1999).

WILLIAMSON, John. *A "Short History of the Washington Consensus"*. Paper commissioned by Fundación CIDOB for a conference "From the Washington Consensus towards a new Global Governance," Barcelona, September 24–25, 2004. Disponible en <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>